

Toteutuvatko sosiaaliset oikeudet viranomaisen harkinnassa? –
ikäntyneen henkilön kotiin annettavien sosiaalihuollon palveluiden
saatavuus ja riittävyys

Helsingin yliopisto
Oikeustieteellinen tiedekunta
Hallinto-oikeuden projekti
Pro gradu -tutkielma
Ohjaaja: prof. Olli Mäenpää
Laatija: Marlon Moilanen
Tammikuu 2019



Tiedekunta/Osasto Fakultet/Sektion – Faculty		Laitos/Institution– Department	
Oikeustieteellinen tiedekunta		Julkisoikeuden laitos	
Tekijä/Författare – Author			
Marlon Moilanen			
Työn nimi / Arbetets titel – Title			
Toteutuvatko sosiaaliset oikeudet viranomaisen harkinnassa? – ikääntyneen henkilön kotiin annettavien sosiaalihuollon palveluiden saatavuus ja riittävyys			
Oppiaine /Läroämne – Subject			
Hallinto-oikeus			
Työn laji/Arbetets art – Level		Aika/Datum – Month and year	
Pro gradu -tutkielma		Tammikuu 2019	
		Sivumäärä/ Sidoantal – Number of pages	
		107 sivua	
Tiivistelmä/Referat – Abstract			
<p>Vanhustenhuollon ongelmista käydään säännöllisesti yhteiskunnallista keskustelua, jossa esiin nousevat riittämättömät resurssit, työntekijöiden jaksaminen ja yksittäisten ikääntyneiden henkilöiden huolenpidon puutteellisuus. Suomen lukuisiin kuntiin hajautetussa palvelurakenteessa ikääntyneiden henkilöiden kotiin annettavat sosiaalihuollon palvelut eivät aina vastaa saatavuudeltaan ja riittävyydeltään ikääntyneiden henkilöiden tosiasiallisiin tarpeisiin. Väestön vanhetessa moderni hyvinvointivaltio kohtaa kysymyksen hyvästä ja arvokkaasta vanhuudesta, joka pitäisi toteuttaa julkisen hallinnon ja palvelujärjestelmän avulla.</p> <p>Hyvinvointivaltiossa oikeutta käytetään poliittisten tavoitteiden toteuttamiseen. Tämä on johtanut myös oikeudellisen ajattelun ja instituutioiden merkityksen kasvuun hyvinvointivaltiolaisen sääntelyn ja sosiaalisten oikeuksien toteuttamisessa. Useat yhteiskuntapoliittisesti merkittävät kysymykset ratkaistaan nykyään ainakin osittain erilaisissa oikeudellisissa instituutioissa. Sen vuoksi on merkityksellistä tarkastella ikääntyneiden kotiin annettavaa huolenpitoa myös oikeudellisenä ilmiönä. Tutkielmassa selvitän sosiaalisten oikeuksien luonnetta, muodostumista ja soveltamista modernin hyvinvointivaltion oikeusjärjestelmässä, jossa oikeuksien määrittäminen ja toteutuminen tapahtuvat oikeuden ja politiikan risteyksissä.</p> <p>Tarkastelen erityisesti ikääntyneiden henkilöiden kotiin annettavien sosiaalihuollon palveluiden saatavuuteen ja riittävyyteen liittyviä tekijöitä. Tutkin ikääntyneiden henkilöiden kotiin annettavien sosiaalihuollon palveluiden perus- ja ihmisoikeudellista suojaavaa sekä tavallista lainsäädäntöä ja erityisesti niiden keskinäisyyhteitä. Selvitan, kuinka ikääntyneiden henkilöiden kotiin annettavien sosiaalihuollon palveluiden saamisedellytykset ja laatutekijät muodostuvat hallinnollisessa todellisuudessa, jossa harkintavallan käyttäminen tapahtuu monien erilaisten ristisuuntaisten paineiden keskellä. Systematisoin, tulkiten ja paljastan ikääntyneiden henkilöiden kotiin annettavaa huolenpitoa määrittävää sääntelyä ja sen soveltamista käytännössä. Hyödynnän teorian ja käytännön vuoropuhelua muodostaessani tarkoituksenmukaisia näkökulmia, käsitteitä ja johtopäätöksiä. Tutkielman pyrkii uudesta oikeusrealismista (New Legal Realism) vaikuttuneen lainopin avulla hahmottamaan hyvinvointivaltion oikeusjärjestystä ristiriitaisena omia tavoitteitaan puutteellisesti toteuttavana järjestelmänä, jossa oikeuden ja politiikan suhteet risteävät tapauskohtaisesti hallinnon todellisuudessa.</p> <p>Ikääntyneiden henkilöiden kotiin annettavissa sosiaalihuollon palveluissa on kyse kunnan yleisen järjestämisvelvollisuuteen kuuluvista määrärahasidonnaisista palveluista, jotka eivät muodosta lähtökohtaisesti subjektiivisia oikeuksia ikääntyneelle henkilölle. Olen pyrkinyt esittämään vaihtoehtoja tapaa ymmärtää ikääntyneen henkilön kotiin annettavan huolenpidon muodostumista voimassaolevassa oikeudessa. Esitän tutkielmassa, että ikääntyneiden henkilöiden kotiin annettavien palveluiden saatavuus ja riittävyys muodostuu ennen kaikkea sosiaalisten oikeuksien edistämiskaavimusten, kunnallisen poliittisluodellisen harkintavallan sekä asiantuntija- ja asiakkaan harkinnan vuorovaikutuksessa. Nähdäkseni näkökulma mahdollistaa sosiaalisten oikeuksien toteutumisen arvioinnin monimutkaisena ja ristiriitaisena ilmiönä, joka ei tyhjenny käsitykseen voimassaolevasta oikeudesta mustavalkoisesti lainmukaisena tai lainvastaisena tilana. Sen sijaan katson, että ikääntyneiden henkilöiden kotiin annettavasta huolenpidosta käydään jatkuvasti monitasoista kamppailua, joka tapahtuu modernin hyvinvointivaltion hallinnossa myös oikeudellisten käsitteiden, argumentaation, legitimaation, justifikaation ja toiminnan tasolla.</p>			
Avainsanat – Nyckelord – Keywords			
Sosiaaliset oikeudet – Hyvinvointivaltio – Oikeudellinen sääntely – Harkintavalta – Hallinto – Sosiaaliturva – Sosiaalihuolto – Vanhuspalvelut – Kotipalvelut – Hallinto-oikeus – Sosiaalioikeus – Valtiosääntöoikeus – Oikeusrealismi – Oikeustiede – Lainoppi			
Säilytyspaikka – Förvaringställe – Where deposited			
Helsingin yliopiston pääkirjasto			
Muita tietoja – Övriga uppgifter – Additional information			

Sisällysluettelo

Toteutuvatko sosiaaliset oikeudet viranomaisen harkinnassa? – ikääntyneen henkilön kotiin

annettavien sosiaalihuollon palveluiden saatavuus ja riittävyys.....	1
1. Johdanto	1
1.1 Tutkielman tausta, kysymyksenasettelu ja merkitys	1
1.2 Hyvinvointivaltion hallinto ja tutkielman tutkimussuuntaus.....	5
2. Yleiskuvaus ikääntyneiden kotiin annettavien sosiaalihuollon palveluiden sääntelyperustasta....	11
2.1 Kotipalvelu, tukipalvelut ja kotihoito	13
2.2 Omaishoidon tuki ja omaisten tukeminen	15
3. Ikääntyneen henkilön kotiin annettavia sosiaalihuollon palveluita koskevat sosiaaliset perus- ja ihmisoikeudet	19
3.1 Euroopan sosiaalinen peruskirja ja sosiaalisten ihmisoikeuksien dynaamisuus.....	19
3.1.1 Ikääntyneen kotiin annettavia sosiaalihuollon palveluita koskevat oikeudet	23
3.1.2 Peruskirjan tulkinta yhdessä Euroopan ihmisoikeussopimuksen kanssa.....	28
3.1.3 Sosiaalisten ihmisoikeuksien soveltamisesta käytännössä: Euroopan sosiaalisten oikeuksien komitean järjestökantelutapaukset.....	31
3.2 Suomen perustuslaki ja oikeus huolenpitoon	35
3.2.1 Sosiaalisten perusoikeuksien soveltamisesta käytännössä: Eduskunnan oikeusasiamiehen ratkaisukäytäntöä	43
4. Harkintavaltaoppi suomalaisen oikeustieteen näkökulmasta	51
4.1 Yleinen hallinto-oikeudellinen harkintavaltaoppi	52
4.1.1 Perinteinen kahtiajako laillisuus- ja tarkoituksenmukaisuusharkintaan	52
4.1.2 Kahtiajaosta tapauskohtaiseen harkintaan	56
4.2 Harkintavaltaoppi sosiaalioikeudellisessa tutkimuksessa.....	60
4.2.1 Kunnallinen harkintavalta ja virallislähteiden merkitys	63
4.2.2 Kunnan yleinen järjestämisvelvollisuus ja yksittäistapauksellinen harkinta	67
4.3 Sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien toteuttaminen ja harkintavaltateoria	71
4.3.1 Tulkinnallisen avoimuuden merkitys	72
4.3.2 Taloudellisten voimavarojen merkitys	77
5. Ikääntyneen henkilön kotiin annettavien sosiaalihuollon palvelujen oikeudellinen sääntely saatavuuden ja riittävyyden näkökulmasta	81
5.1 Sääntelyn epätasällisyys ja oikeuksien luonne	81
5.1.1 Vanhuspalvelulaki yrityksenä vahvistaa oikeuksien toteutumista.....	83
5.2 Asiakkaan harkinta	86
5.3 Asiakkaan etu	90
5.4 Yhteys ikääntyneen henkilön sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien toteutumiseen	92
6. Johtopäätökset	99

LÄHDELUETTELO

Oikeuskirjallisuus

Aer, Janne. Lastensuojeluoikeus – Lapsi- ja perhekohtaisen lastensuojelun oikeudelliset perusteet. SanomaPro. 2012.

Aer, Janne. Veli Merikoski ja kysymys hallinnollisesta harkintavallasta. *Jurisprudentia* (2005: XXXVIII).

Aer, Janne. Oikeussuojan ulottuvuus hallinnossa: hallintolainkäytön antaman oikeussuojan merkitys viranomaistoiminnan auktoriteetin kannalta. Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki. 2000.

Van Aerschot, Paul. Köyhät ja laki. Suomalainen lakimiesyhdistys. Vammala. 1996.

Arajärvi, Pentti. Sosiaaliturvan perustuslaillisia näkökohtia. Teoksessa *Sosiaaliset oikeudet- näkökulmia perustaan ja toteutumiseen. Terveiden ja hyvinvoinnin laitos.* 2017. <https://www-ellibslibrary-com.libproxy.helsinki.fi/book/978-952-302-781-7>

Arajärvi, Pentti. Vanhuspalvelulaki – Mitä ja miksi? Teoksessa *Vanhuus ja oikeus.* Lakimiesliiton kustannus / Helsingin kauppakamari Oy. 2014.

Arajärvi, Pentti. Johdatus sosiaalioikeuteen. Verkkokirjahylly Alma Talent Oy. 2011.

Banakar, Reza. Normativity in Legal Sociology- Methodological Reflections on Law and Regulation in Late Modernity. Springer International Publishin Switzerland. 2015

Barkan, Steven E. Law and Society: An Introduction. Pearson Education. New Jersey. 2009.

Bell, Mark. Combating Discrimination Through Collective Complaints Under the European Social Charter. Teoksessa *The European Social Charter: A social constitution for Europe.* 2010.

Dagan, Hanoch ja Kreitner, Roy. The New legal realism and The Realist View of Law. *Law & Social Inquiry* (Volume 43). 2018.

De Schutter, Olivier. The Two Lives Of the European Social Charter. Teoksessa *The European Social Charter: A social constitution for Europe.* 2010.

Erlanger, Howard; Garth, Bryant; Larson, Jane; Mertz, Elisabeth; Nourse, Victoria ja Wilkins, David. Is It Time for a New Legal Realism? *L. Rev.* 335 (2005).

Ervasti, Kaijus. Lakimies, oikeus, yhteiskunta. Edita. 2017.

Garth, Bryant ja Mertz, Elizabeth. Introduction: New Legal Realism at ten Years and Beyond. UC Irvine Law Review. 2016.

Hallberg, Pekka. Perusoikeusjärjestelmä. Teoksessa Perusoikeudet. Alma Talent Verkkokirjahylly. 2010.

Harjula, Heikki – Prättälä, Kari. Kuntalaki- tausta ja tulkinnat. Alma Talent Oy. 2015.

Harris, David – Darcy, John. The European Social Charter. Second edition. Transnational Publishers, Inc. 2001.

Helenelund, Jan-Erik. Asuminen ihmisoikeutena Suomessa- oikeuden kohdentuminen. Teoksessa Muuttuva sosiaalioikeus. Suomalainen lakimiesyhdistys. 2013.

Heuru, Kauko. Perustuslaillinen kunnallishallinto. Edita. 2006.

Huhtanen, Raija. Sosiaaliset perusoikeudet perustuslakivaliokunnan käytännössä. Teoksessa Muuttuva sosiaalioikeus. Suomalainen lakimiesyhdistys. 2013.

Husa, Jaakko. Sosiaaliset perusoikeudet ja perusoikeusjärjestelmä – eräitä näkökohtia perusoikeusjärjestelmän sisäisestä systematiikasta. Teoksessa Juhlakirja Pentti Arajärvi 1948-2/6-2008. Gummerus kirjapaino Oy. Jyväskylä. 2008.

Hyttinen, Sanna. 2013. Sosiaaliset ihmisoikeudet ja Suomi – Sitomattomista tavoitteista Euroopan ihmisoikeussopimuksen varjoon. Teoksessa Muuttuva sosiaalioikeus. Suomalainen lakimiesyhdistys. 2013.

Jyränki, Antero ja Husa, Jaakko. Valtiosääntöoikeus. Helsingin Kamari Oy. 2012.

Jääskinen, Niilo. Ovatko kuntalaisten sosiaaliset oikeudet ristiriidassa kunnallisen itsehallinnon kanssa? Julkaisussa Sosiaaliturva (nyk. Sosiaalitieto) 17/06. 2006.

Kalliomaa-Puha, Laura ja Tuovinen, Anna-Kaisa. Sosiaalisia oikeuksia, sosiaaliturvaa ja solidaarisuutta yli rajojen. Teoksessa Sosiaaliturvan rajoilla – Kirjoituksia kansainvälisestä sosiaalioikeudesta. KELA. 2017.

Kalliomaa-Puha, Laura; Kotkas, Toomas ja Rajavaara, Marketta. Harkitusti sosiaaliturvaa – harkintavalta tutkimuskohteena. Teoksessa Harkittua? Avauksia sosiaaliturvan harkintavallan tutkimukseen. Kelan tutkimusosasto. 2014.

Kalliomaa-Puha, Laura. Vanhoille ja sairaille sopivaa? Omaishoitosopimus hoivan instrumenttina. Sosiaali- ja terveystieteiden tutkimuksia 90. Kelan tutkimusosasto. 2007.

Kangas, Urpo. Minun metodini. Teoksessa Minun metodini. WSOY. Porvoo. 1997.

Karapuu, Heikki. Perusoikeuksien käsite ja luokittelu. Teoksessa Perusoikeudet. 2011.

Karvonen-Kelkälä, Anja. Oikeus vanhuspalveluihin ja viivästys palvelujen järjestämisessä. Teoksessa Sosiaaliset oikeudet- näkökulmia perustaan ja toteutumiseen. Terveiden ja hyvinvoinnin laitos. 2017. <https://www-ellibslibrary-com.libproxy.helsinki.fi//book/978-952-302-781-7>

Karvonen-Kälkälä, Anja. Unohtuuko vanhuus? Oikeudellinen tutkimus hallintosopimuksen asianosaissuhteista vanhuksen vaikuttamismahdollisuuden näkökulmasta. Vanhustyön keskusliiton tutkimuksia 1:2012. 2012.

Koivisto, Ida. Hyvän hallinnon muunnelmat. Suomalainen lakimiesyhdistys. Helsinki. 2011.

Konstari, Timo. Harkintavallan väärinkäytöstä: tutkimus tarkoitussidonnaisuudesta hallintoviranomaisten harkintavallan rajoitusperiaatteena = On the abuse of power. Suomalainen lakimiesyhdistys. 1979.

Kotkas, Toomas. Viranomaisharkinnan oikeudelliset rajat. Teoksessa Harkittua? Avauksia sosiaaliturvan harkintavallan tutkimukseen. Kelan tutkimusosasto. 2014.

Kotkas, Toomas. Hallinto-oikeudellisen harkintavaltaopin päivitys kotimaisen sosiaalioikeudellisen lainsäädännön valossa. Lakimies 6/2011.

Kulla, Heikki. Sääntelyharkinnasta. Teoksessa Iura Novit Curia – Juhlakirja Veijo Tarukannel. 2014.

Laakso, Seppo – Suviranta, Outi – Tarukannel, Veijo. Yleishallinto-oikeus. Tampereen yliopisto. 2006.

Lavapuro, Juha. Perusoikeusargumentaation kontrolloitavuudesta. Teoksessa Oikeuskulttuurin eurooppalaistuminen – ihmisoikeuksien murroksesta kansainväliseen vuorovaikutukseen. Suomalainen lakimiesyhdistys. Vantaa. 2012.

Long, Debra. Guide to Jurisprudence on Torture and Ill-treatment- Article 3 of the European Convention for the Protection of Human Rights. Association for Prevention of Torture. 2002.

Lämsineva, Pekka. Kirja-arvostelu teoksesta Heinonen, Tuuli - Lavapuro, Juha (toim.): Oikeuskulttuurin eurooppalaistuminen. Ihmisoikeuksien murroksesta kansainväliseen vuorovaikutukseen. Lakimies. 2013.

- Lämsineva, Pekka.* Harkitseva hallinto. Teoksessa Juhlakirja Kaarlo Tuori 50 vuotta. Helsinki. 1998.
- Magnussen, Anne-Mette ja Banasiak, Anna.* Judification: Disrupting the Relations between Law and Politics? European Law Journal (vol. 19), Review of European Law in Context. Blackwell Publishing Ltd. Oxford. 2013.
- Mattila, Yrjö.* Euroopan neuvoston sosiaalisten oikeuksien komitean antamat huomautukset Suomelle. Teoksessa Sosiaaliturvan rajoilla – Kirjoituksia kansainvälisestä sosiaalioikeudesta. KELA. 2017.
- Merikoski, Veli-Pekka.* Vapaa harkinta hallinnossa. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja. Vammala. 1968.
- Merikoski, Veli-Pekka.* Hallinto-oikeuden oikeussuojajärjestelmä. Lainopillisen ylioppilastiedekunnan kustannustoimikunta. Vammala. 1968a.
- Mikkola, Matti.* Euroopan sosiaaliset ihmisoikeudet ja Suomi. Teoksessa Sosiaaliset oikeudet-näkökulmia perustaan ja toteutumiseen. Terveiden ja hyvinvoinnin laitos. 2017.
- Mikkola, Matti.* Ikäihmisten sosiaaliset ihmisoikeudet. Teoksessa Vanhuus ja oikeus. Helsingin Kamari Oy. 2014.
- Mikkola, Matti.* Social Human Rights of Europe. Legisactio Ltd. 2011.
- Miles, Thomas J. ja Sunstein, Cass R.* The New Legal Realism. The University of Chicago Law Reviews. 2008.
- Minkkinen, Panu.* 2017. Oikeus- ja yhteiskuntatieteellinen tutkimus – suuntaus, tarkastelutapa, menetelmä? Lakimies 7-8/2017.
- Mäenpää, Olli.* Tarkoituksenmukaisuus – vallanjoon rajapyykki?. Teoksessa Demokraattisen oikeuden ehdot. Tutkijaliitto. Helsinki. 2008.
- Mäenpää, Olli.* Hallinto talouden ja oikeuden puristuksessa. Teoksessa Oikeus, talous ja hallinto: Oikeustieteen päivät 30.–31.8.2007. Tampereen yliopisto. Vaajakoski. 2007.
- Mäenpää, Olli.* Hallinto-oikeus. Alma Talent Oy. 2013.
- Mäenpää, Olli.* Yleinen hallinto-oikeus. Alma Talent Oy. 2017.
- Myllymäki, Arvo.* Finanssihallinto-oikeus – Valtion ja kuntien varainkäyttö ja varainkäytön valvonta. WSOY Pro. 2007.

- Nelken, David.* Is there a Crisis in Law and Legal Ideology? *Journal of Law and Society* (9, s. 177-189). 1982.
- Ojanen, Tuomas.* Valtiosääntöoikeus kansainvälistymisen kohteena ja välittäjänä. *Lakimies* 7-8/2014.
- Ojanen, Tuomas ja Scheinin, Martin.* Kansainväliset ihmisoikeussopimukset ja Suomen perusoikeusjärjestelmä. Teoksessa *Perusoikeudet*. Alma Talent Verkkokirjajhyly. 2010.
- Ojanen, Tuomas ja Scheinin, Martin.* Kansainväliset ihmisoikeussopimukset ja Suomen perusoikeusjärjestelmä. Teoksessa *Perusoikeudet*. WSOY Pro. 2011.
- Pajujoja, Jussi.* Ylin laillisuusvalvonta, oikeuskansleri ja oikeusasiamies. *Tietosanoma*. 2011.
- Pellonpää, Matti – Gullans, Monica – Pölönen, Pasi – Tapanila, Antti.* Euroopan ihmisoikeussopimus. Verkkokirjajhyly Alma Talent Oy. 2012.
- Pellonpää, Matti.* Henkilökohtainen koskemattomuus (PL 7 §). Teoksessa *perusoikeudet*. WSOY Pro. 2011.
- Perttola, Laura.* Asiakkaan etu vanhuspalveluja koskevissa soveltamisohjeissa. *Oikeus* 2017 (46).
- Petman, Jarna.* Oikeus ja arvot. Teoksessa *Oikeuden tuolla puolen*. Talentum Media Oy. Saarijärvi. 2002.
- Puumalainen, Mikko.* Mitä Euroopan unionin perusoikeudet merkitsevät laillisuusvalvonnalle? Teoksessa *Oikeuskulttuurin eurooppalaistuminen – ihmisoikeuksien murroksesta kansainväliseen vuorovaikutukseen*. Suomalainen lakimiesyhdistys. Vantaa. 2012.
- Rautiainen, Pauli.* Sosiaaliset oikeudet ihmisoikeuksina. Teoksessa *Sosiaaliset oikeudet-näkökulmia perustaan ja toteutumiseen*. Terveiden ja hyvinvoinnin laitos. 2017. <https://www-ellibslibrary-com.libproxy.helsinki.fi/book/978-952-302-781-7>
- Rautiainen, Pauli.* Talouspolitiikka ja TSS-oikeudet. *Oikeus* 2015 (44).
- Rautiainen Pauli.* Perusoikeuden heikennyskielto. *Oikeus* 2013 (42).
- Reidy, Aisling.* A guide to the implementation of Article 3 of the European Convention on Human Rights. Council of Europe. 2002.
- Rubin, Edward L.* From Coherence to Effectiveness, A Legal Methodology for the Modern World. Cambridge University Press. 2017.

Samuel, Lenia. Fundamental social rights – Case law of the European Social Charter. Second edition. Council of Europe Publishing. 2002.

Sakslin, Maija. Sosiaaliset oikeudet ja perustuslaki. Teoksessa Perusoikeudet Suomessa. Multiprint. Helsinki. 1999.

Saraviita, Ilkka. Perustuslaki. Verkkokirjahylly Alma Talent Oy. 2011.

Suviranta, Outi. Oikeus tilannesidonnaisuuden ja ennakoitavuuden puristuksessa. Teoksessa Oikeus, talous, hallinto: oikeustieteen päivät 30.–31.8.2007. Tampereen yliopisto. Vaajakoski. 2007.

Suviranta, Outi. Hallintovalitus, hallintotoiminnan tuomioistuinkontrolli ja tuomioistuimen ratkaisulta. Defensor Legis 2:2005.

Syrjänen, Olavi. Harkinta ja joustavat normit. Lakimies 3/2000.

Syrjänen, Olavi. Harkintavalta kaavoituksessa ja rakentamisessa. Rakennustieto Oy. Tampere. 1999.

Tala, Jyrki. Oikeus ja politiikka – Ottaako oikeus ylivallan politiikasta vai politisoituuko oikeus? Teoksessa Oikeuden tuolla puolen. Talentum Media Oy. Saarijärvi. 2002.

Tamanaha, Brian Z. a General Jurisprudence of Law and Society. Oxford University Press. New York. 2001.

Tarasti, Lauri. Yhteiskunnan oikeudellistuminen. Defensor Legis N:o 4/2002.

Tarukannel, Veijo. Hallintolainkäyttö oikeusvaltiossa. Teoksessa Oikeusvaltio. Lakimiesliiton kustannus. 2002.

Tuori, Kaarlo – Kotkas, Toomas. Sosiaalioikeus. Verkkokirjaylly Alma Talent Oy. 2016.

Tuori, Kaarlo. Sosiaaliset oikeudet. Teoksessa Perusoikeudet. WSOY Pro. 2011.

Tuori, Kaarlo – Lavapuro, Juha. Perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien turvaamisvelvollisuus (PL 22 §). Teoksessa Perusoikeudet. WSOY Pro. 2011.

Tuori, Kaarlo. Oikeuden ratio ja voluntas. Alma Talent Oy. 2007.

Uoti, Asko. Kunnallinen itsehallinto, subjektiiviset oikeudet ja lapsiperheiden palveluiden järjestäminen. Edilex. 2006.

Uoti, Asko. Taloudelliset, sosiaaliset ja sivistykselliset perusoikeudet kunnallisessa päätöksenteossa. Tampereen yliopisto. 2003.

Viljanen, Veli-Pekka. Perusoikeuksien rajoittamisedellytykset. WSLT. Helsinki. 2001.

Oikeuskäytäntö

Euroopan sosiaalisten oikeuksien komitean oikeuskäytäntö

International Federation of Human Rights (FIDH) v. Belgium, complaint No. 75/2011

The Central Association of Carers in Finland v. Finland, complaint No. 71/2011

The Central Association of Carers in Finland v. Finland, complaint No. 70/2011

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntö

Kemaloglu v. Turkki (2012)

Berü v. Turkey (2012)

Calvelli and Ciglio v. Italy (2002)

Kypros v. Turkki (2001)

Powell v. the United Kingdom (2000)

Erikson v. Italy (1999)

Suomen kansallinen oikeuskäytäntö

EOA 23.11.2016 (dnro 4687/4/15)

EOA 23.12.2015 (dnro 3411/4/14)

AOA 15.12.2015 (dnro 4361/2/1)

AOA 24.6.2014 (dnro 3644/2/13)

AOA 23.5.2014 (dnro 39/4/14)

AOA 9.10.2012 (dnro 1979/4/11)

AOA 27.5.2011 (dnro 686/4/11)

AOA Sakslinin 11.6.2013 vastaus (dnro 851/4/11)

Virallislähteet

Euroopan sosiaalisten oikeuksien komitean virallislähteet

Assessment of the follow-up: The Central Association of Carers in Finland v. Finland, Collective Complaint No. 70/2011, January 2016

Assessment of the follow-up: International Federation of Human Rights (FIDH) v. Belgium, Collective Complaint No. 75/2011

Assessment of the follow-up: The Central Association of Carers in Finland v. Finland, Collective Complaint No. 71/2011

Conclusions 2013 - Belgia - Article-14-1

Conclusions 2013 - Ireland - Article 14-1

Conclusions 2013 - Statement of interpretation - Article 23

Conclusions 2013 - Italy - Article 23

Conclusions 2013 - Malta - Article 23

Conclusions 2013 - Portugal - Article 23

Conclusions 2009 - Statement of interpretation - Article 14-1

Conclusions 2007 - Finland - Article 23

Conclusions XX-2 - Spain - Article 14-2

Conclusions XX-2 - Spain - Article 4 of the 1988 Additional Protocol

Conclusions XX-2 - Denmark - Article 4 of the 1988 Additional Protocol

Conclusions XVII-2 - Finland - Article 4 of the 1988 Additional Protocol

Conclusions XVII-2 - Spain - Article 4 of the 1988 Additional Protocol

Conclusions XVI-2 - Denmark - Article 4 of the 1988 Additional Protocol

Conclusions I - Statement of interpretation - Article 14

Digest of the case law of the European committee of social rights (2008)

Protocol amending the European Social Charter No. 142

Signatures and ratifications of the 1961 Charter, its Protocols and the European Social Charter (revised) as of 1st January 2017

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen/Euroopan neuvoston virallislähteet

European Court of Human Rights factsheet on article 2 (2013)

Suomen kansalliset virallislähteet

Eduskunnan oikeusasiamiehen toimintakertomukset (2005 ja 2009-2017)

Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi omaishoidon tuesta annetun lain ja eräiden muiden lakien muuttamisesta (HE 85/2016 vp)

Hallituksen esitys eduskunnalle sosiaalihuoltolaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi (Budjettilakiehdotus) (HE 164/2014 vp)

Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi ikääntyneen väestön toimintakyvyn tukemista sekä iäkkäiden sosiaali- ja terveyspalveluista ja laiksi terveydenhuoltolain 20 §:n kumoamisesta (Budjettilakiehdotus) (HE 131/2005 vp)

Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi sosiaalihuollon asiakkaan asemasta ja oikeuksista sekä sosiaalihuoltolain muuttamisesta ja eräiksi niihin liittyviksi laeiksi (HE 137/1999 vp)

Hallituksen esitys eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta (HE 309/1993 vp)

Perustuslakivaliokunnan mietintö eduskunnan oikeusasiamiehen kertomuksesta vuodelta 2015 (PeVM 2/2016 vp)

Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä eduskunnalle sosiaalihuoltolaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi (PeVL 36/2014)

Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä eduskunnalle laiksi ikääntyneen väestön toimintakyvyn tukemista sekä iäkkäiden sosiaali- ja terveyspalveluista ja laiksi terveydenhuoltolain 20 §:n kumoamisesta (PeVL 36/2012)

Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä eduskunnalle laiksi lapsilisälain 7 §:n muuttamisesta ja 21 §:n väliaikaisesta muuttamisesta (PeVL 25/2012 vp)

Perustuslakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä laeiksi eduskunnan oikeusasiamiehestä annetun lain ja valtioneuvoston oikeuskanslerista annetun lain muuttamisesta (PeVM 12/2010 vp)

Perustuslakivaliokunnan mietintö n:o 25 hallituksen esityksestä perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta (PeVM 25/1994 vp)

Sosiaali- ja terveysvaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä laeiksi sosiaalihuollon asiakkaan asemasta ja oikeuksista sekä sosiaalihuoltolain muuttamisesta ja eräiksi niihin liittyviksi laeiksi (StVM 18/2000 vp)

Sosiaali- ja terveysvaliokunnan lausunto perustusvaliokunnalle koskien hallituksen esitystä perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta (StVL 5/1994 vp)

Lakiluonnokset

9.3.2011 lakiluonnos hallituksen esitykseksi eduskunnalle iäkkään henkilön sosiaali- ja terveyspalvelujen saannin turvaamisesta

Lakilyhenteet

Asiakslaki	Laki sosiaalihuollon asiakkaan asemasta ja oikeuksista (812/2000)
EIS	Euroopan ihmisoikeussopimus (SopS 18–19/1990)
ESP	Euroopan sosiaalinen peruskirja (uudistettu Euroopan sosiaalinen peruskirja Sops 78/2002)
PL	Suomen perustuslaki (731/1999)
SHL	Sosiaalihuoltolaki (1301/2014)
Vanhuspalvelulaki	Laki ikääntyneen väestön toimintakyvyn tukemisesta sekä iäkkäiden sosiaali- ja terveystalveluista (980/2012)

1. Johdanto

1.1 Tutkielman tausta, kysymyksenasettelu ja merkitys

Tutkielman taustalla on pyrkimys oikeudellistaa kysymys ikääntyneiden henkilöiden kotiin annettavien sosiaalihuollon palveluiden saatavuudesta ja riittävyydestä. Vanhustenhuollon ongelmista on käyty pitkään ja käydään edelleen säännöllisesti julkista keskustelua, jossa esiin nousevat kotihoitojärjestelmän resursointi, yksittäisten ikääntyneiden henkilöiden kohtelu ja työntekijöiden jaksaminen¹. Voimassaolevasta sääntelystä huolimatta näyttäisi siltä, että Suomen hajautetussa palvelurakenteessa järjestetyt ikääntyneiden kotiin annettavat sosiaalihuollon palvelut eivät aina vastaa saatavuudeltaan ja riittävyydeltään ikääntyneiden henkilöiden tosiasiallisiin tarpeisiin. Palveluita toteuttavat työntekijät eivät koe pystyvänsä tekemään kiireen ja ohjauksen keskellä työtään asiakkaiden tarpeita vastaavasti.² Toisaalta myöskään kuntien toimintapolitiikkaa ohjaavaksi tarkoitettua lainsäädäntöä ja informaatio-ohjausta ei ole välttämättä kunnissa otettu päätöksenteon perustaksi³. Isossa kuvassa ongelmassa on kyse siitä, kuinka hyvinvointivaltiossa pidetään huolta vanhenevasta väestöstä.

Tässä tutkielmassa otan edellä kuvatun ongelman ikään kuin annettuna ja lähestyn sitä oikeudellisesta näkökulmasta. Kyse on eräänlaisesta aiheen oikeudellisesta haltuunotosta, jolla tarkoitan ongelman ymmärtämistä oikeudellisista käytännöistä ja näkökulmista käsin, jolloin ensisijaisesti sosiaalipoliittiseksi hahmotettu kysymys asettuu oikeudellisesti merkittäväksi, mutta myös uudella tavalla yhteiskunnallisesti merkittäväksi. Yhteiskunnan oikeudellistuminen ja toisaalta oikeuden materialisoituminen sekä finalisoituminen hyvinvointivaltioistumisen myötä ovat johtaneet siihen, että monet merkittävät yhteiskuntapoliittiset kysymykset ovat siirtyneet

¹ Uutisotsikko: ”Oikeusoppineet: Vanhusten lisääntynyt kotihoito on johtanut heitteillejättöihin” (Yle 22.4.2018) <https://yle.fi/uutiset/3-10172017>

Uutisotsikko: ”Kotihoidolta hätähuuto Jyväskylässä: Olemme väsyneitä ja surullisia, koska emme saa tehdä työtämme kunnolla” (Yle 24.1.2018) <https://yle.fi/uutiset/3-9932949>

Uutisotsikko: ”Tutkija tyytää meitä kaikkia: Olemme yhteiskuntana hyväksymässä ajatuksen, että vanhusten hoito on meille liian suuri menoerä.” (Yle 2.12.2017) <https://yle.fi/uutiset/3-9955266>

² Kotihoidon käyntien lukumäärä ei aina perustu arvioituun hoivan tarpeeseen. THL. Elokuu 2017.

http://www.julkari.fi/bitstream/handle/10024/135118/URN_ISBN_978-952-302-898-2.pdf?sequence=1&isAllowed=y Henkilöstön hyvinvointi vanhuspalveluissa – kotihoidon kehitys huolestuttava. THL. Kesäkuu 2017.

http://www.julkari.fi/bitstream/handle/10024/134678/URN_ISBN_978-952-302-876-0.pdf?sequence=1&isAllowed=y

³ Informaatio-ohjaus ei tavoita, osallisuuteen kannustetaan – Ikääntyneiden hyvinvoinnin ja terveyden edistäminen kunnissa 2014. THL. Marraskuu 2015.

ainakin osittain ratkaistaviksi oikeudellisiin ja hallinnollisiin instituutioihin kuten tuomioistuimiin, ihmisoikeuselimiin, ylimmille laillisuusvalvojille, perustuslakivaliokuntaan, kunnallisiin viranomaisiin tai asiantuntijaviranomaisiin.⁴ Samalla se mikä mielletään poliittiseksi ja mikä oikeudelliseksi elää ajassa.⁵ Tämän vuoksi kuitenkin monia, aikaisemmin ensisijaisesti poliittisiksi ymmärrettyjä kysymyksiä, olisi tärkeää arvioida myös oikeuden käytäntöjen ja myös oikeustieteen näkökulmasta. Yhtenä tällaisena kysymyksenä voidaan pitää sitä, kuinka ikääntyneiden henkilöiden huolenpito omassa kodissaan järjestetään hyvinvointivaltiossa.

Tutkielman puitteissa olen kiinnostunut mahdollisesta hiertymästä hyvinvointivaltiollisen tavoiterationaalisuutta korostavan sääntelymallin ja sosiaalisten oikeuksien toteuttamisen välillä. Erityisesti sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien toteutuminen voi asettua jännitteeseen suhteeseen kunnallisella tasolla tapahtuvan sopeuttamis- ja asiantuntijaharkinnan kanssa. Kriittisestä näkökulmasta voidaan jopa pohtia, että heikentääkö hyvinvointivaltiollinen, sinänsä sanamuodon tasolla huolenpidon merkitystä korostava, arvo- ja tavoitesidonnainen sääntely tosiasiallisesti epätasomaisuudessaan ikääntyneiden henkilöiden mahdollisuutta riittävään huolenpitoon omassa kodissaan. Tämä kysymys herää, kun otetaan erityisesti huomioon sosiaalihuollon hallinnon toimintaympäristö, jota julkisen talouden säästötavoitteet ja laajemmin taloudellisen rationaliteetin vaatimukset leimaavat tällä hetkellä.⁶

Tavoitteenani on saada käsitys siitä, miten voimassaolevassa oikeudessa ikääntyneen henkilön kotiin annettavia sosiaalihuollon palveluja koskevat saamisedellytykset muodostuvat ja toisaalta millaisia palvelun riittävyttä koskevia vaatimuksia sääntelyn perusteella on hahmotettavissa. Nykyinen hyvinvointivaltiollinen sääntely jättää huolenpidon toteuttamiseen runsaasti harkintavaltaa viranomaistalolle, joten tutkimuskysymyksiini vastaaminen on edellyttänyt harkintavallan tarkastelua. Samalla pyrin tunnistamaan mahdollisia oikeudellisia riskejä sille, että ikääntyneen huolenpito kotona toteutuu puutteellisesti. Erotan toisistaan muodollisesti sosiaaliset oikeudet aineellisessa lainsäädännössä ja sosiaaliset perus- ja ihmisoikeudet, mutta tarkastelen niiden keskinäissuhteita viranomaisen harkintavallan ja oikeuksien toteutumisen näkökulmasta.⁷

⁴ ks. yhteiskunnan oikeudellistumisesta esimerkiksi Tarasti 2002, s.576-580 ja erityisesti suhteessa hyvinvointivaltiollistumiseen Van Aerschoot 1996, s. 4-16. Suomen ulkopuolisessa keskustelussa esimerkiksi Magnussenin ja Banasiakin artikkeli *Judification: Disrupting the Relations between Law and Politics?* (2013).

⁵ ks. oikeuden ja politiikan välisestä erottelusta Tala 2002, s. 95-107.

⁶ Talouden, oikeuden ja hallinnon suhteesta Mäenpää 2007, s. 19-23.

⁷ Ks. sosiaalisten oikeuksien eri tasoista Rautiainen 2017, s. 29.

Varsinaiset tutkimuskysymykset voidaan esittää myös seuraavasti:

- Kuinka ikääntyneiden kotiin annettavat sosiaalihuollon palveluiden toteuttaminen on oikeudellisesti säännelty Suomen oikeusjärestyksessä?
 - Miten sosiaaliset perus- ja ihmisoikeudet vaikuttavat ikääntyneiden kotiin annettavien sosiaalihuollon palveluiden toteuttamiseen?
 - Millaisia konkreettisia saatavuuteen tai palvelujen riittävyyteen liittyviä edellytyksiä Euroopan sosiaalinen peruskirja asettaa Suomen oikeusjärjestelmälle ikääntyneiden kotiin annettavia palveluja koskevan järjestelmän osalta?
 - Voidaanko tunnistaa yleisempiä Euroopan sosiaalisen peruskirjan oikeuksien soveltamiseen liittyviä tulkintamalleja, jotka on huomioitava ikääntyneiden kotiin annettavia sosiaalihuollon palveluja toteutettaessa?
 - Miten harkintavalta vaikuttaa ikääntyneiden kotiin annettavia sosiaalihuollon palveluihin ja laajemmin sosiaalisten oikeuksien toteuttamiseen hyvinvointivaltiossa?
 - Millainen harkintavaltateoreettinen kehys on tarkoituksenmukainen arvioitaessa sosiaalisten oikeuksien toteutumista hyvinvointivaltiossa?
 - Mitkä harkintavaltaan liittyvät kysymyksenasettelut tai ongelmat ovat erityisen tärkeitä ikääntyneiden kotiin annettavien sosiaalihuollon palveluiden osalta?
 - Millaisia ongelmia tai esteitä ikääntyneiden henkilöiden riittävän huolenpidon toteuttamiselle voidaan tunnistaa suhteessa harkintavallan soveltamiseen?
 - Muodostuuko ikääntyneelle subjektiivisia oikeuksia kotiin annettaviin sosiaalihuollon palveluihin? Jos ei, miten ikääntyneen henkilön huolenpito kotonaan on toteutettu ja turvattu sääntelyssä?
 - Kuinka saatavuus ja riittävyys on huomioitu tavallisen lainsäädännön puitteissa?
 - Mikä yhteys tavallisen lainsäädännön soveltamisella on sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien toteuttamiseen ja harkintavaltaan?
 - Miten julkisen ja yksityisen välinen suhde muodostuu ikääntyneiden kotona annettavan huolenpidon toteuttamisessa?

Olen joutunut tekemään rajauksia sekä tutkielman tekemiseen annetun ohjepituuden että aiheen käsittelyn tarkoituksenmukaisuuteen liittyen. Käsittelen ensisijaisesti palvelun saatavuuteen ja riittävyyteen liittyviä seikkoja, joilla ymmärrän palvelun saamisedellytyksiä ja toisaalta asiakkaan tarpeen ja palvelun laadun vastaavuutta. Sivuan kuitenkin palvelun järjestämisvastuuseen ja myös menettelyihin liittyviä kysymyksiä, kun se on ollut palvelun saatavuuden ja riittävyyden näkökulmasta tai muutoin asian kokonaisuuden käsittelyn kannalta tarkoituksenmukaista. Vaikka käsittelen ensisijaisesti ikääntyneen kotiin annettavia sosiaalihuollon palveluita, oli aiheen riittävän syvällisen selvittämisen vuoksi välttämätöntä tarkastella myös varsin yleisellä tasolla sosiaalisten oikeuksien luonnetta. En käsittele sellaisia ajankohtaisia ja sinänsä aiheeseeni kiinteästikin liittyviä aiheita, kuten ikääntyneen henkilön itsemääräämisoikeus tai palvelujärjestelmän markkinallistuminen. Osittain niihin liittyvät kysymykset tulevat kuitenkin esiin asiakkaan harkintavaltaa pohtivassa jaksossa.

Sosiaalisten oikeuksien toteutumista painottava näkökulma on johtanut väistämättä sosiaalisten oikeuksien ja julkisen talouden välisyyden selvittämiseen. Tarkastelen käytännössä kuntien sosiaalipalveluja koskevan aliresurssoinnin riskin suhdetta viranomaisen harkintavaltaan ja epätasmalliseen avoimeen sääntelyyn. Näkökulmassani painottuu ikääntyneiden henkilöiden huolenpitoa toteuttavan hallinnon asema talouden ”puristuksessa”. Samalla on kuitenkin syytä muistaa, että hyvinvointivaltiossa kansalaisten odottama huolenpidon taso asettaa julkisen talouden varsin koville, jolloin kysymyksenasettelu kääntyy huolenpidon priorisointiin ja sen oikeudelliseen sääntelyyn.⁸

Karvonen-Kelkälä on pohtinut, että tarvittaisiinko täsmällisempää määrittelyä sen suhteen minkä laatuksina kunnan on järjestettävä palvelut erityisesti laitoshoidossa tai vastaavissa olosuhteissa olevien vanhusten kohdalla⁹. Tutkielmassani tuon esiin argumentointia, jonka perusteella nimenomaan sosiaalioikeuden epätasmallinen ja viranomaisharkintaa painottava luonne mahdollistavat ikääntyneiden henkilöiden kotiin annettavien sosiaalihuollon palveluiden kohdalla oikeuksien tason määrittämisen voimakkaasti suhteessa hallinnon poliittis-taloudelliseen ohjaukseen¹⁰. Joissakin tilanteissa voidaan yksinkertaisesti todeta, ettei säännöksiä noudateta.

⁸ Ajatus hallinnon, talouden ja oikeuden kolmiomaisesta vastavuoroisesta jännitteisyydestä Mäenpää 2007, s. 19-23.

⁹ Karvonen-Kelkälä 2017, s. 146 ja Karvonen-Kelkälä 2012, s. 207 ja 215.

¹⁰ Kyseiset vanhustenhuollon ongelmat ovat tavallaan poliittisesta ja yhteiskunnallisesta näkökulmasta itsestään selviä eikä tutkielmani varsinaisesti pyri tuomaan uusia perussyitä ongelmalle. Kyse on sen sijaan asian kääntämisestä oikeudelliseen diskurssiin ja käytäntöön. Tällainen näkökulmanvaihdos saattaa tarkentaa tai jopa tuoda uusia seikkoja yleisempään keskusteluun.

Samalla täytyy kuitenkin tunnistaa syvempiä ja rakenteellisempia oikeudellisia mekanismeja, jotka johtavat ikääntyneiden kotiin annettavan huolenpidon saatavuuden ja riittävyyden puutteelliseen toteutumiseen.

Oma hypoteesini tai ennakkokäsitykseni ennen tutkielman tekemistä oli, että ikääntyneen henkilön kotiin annettavien sosiaalihuollon palveluiden osalta sosiaaliset perus- ja ihmisoikeudet velvoittaisivat ainoastaan heikohkoina ”poliittisluonteisina” puitesääntöinä, joilla ei olisi todellista merkitystä kotiin annettavien palvelujen saatavuuden ja riittävyyden näkökulmasta. Tutkielman tekemisen aikana hahmottui kuitenkin monivivahteisempi kuva sosiaalisten oikeuksien muodostumisesta viranomaisen harkinnassa ja miksi ne toteutuvat puutteellisesti nykyisessä hyvinvointivaltiolista sääntelykehitystä seuranneessa hallinnollisessa ja oikeudellisessa ympäristössä.

1.2 Hyvinvointivaltion hallinto ja tutkielman tutkimussuuntaus

Tutkielma perustuu oikeusrealistiselle käsitykselle oikeusjärjestyksestä ja yhteiskunnasta. Tarkastelen oikeusrealistisen näkökulman kautta ikääntyneiden henkilöiden huolenpidon rakentumista hyvinvointivaltion hallinnon sääntelyn toimintaympäristössä. Katson hyvinvointivaltiolista sääntelyä oikeusjärjestelmän näkökulmasta huomioiden erityisesti oikeuden ja politiikan välisyyksien, suhteiden tai risteävyyksien merkityksen ikääntyneiden kotiin annettavan huolenpidon muodostumisessa ja toteutumisessa. Tutkielma piirtää siten kuvaa myös yleisemmällä tasolla sosiaalisten oikeuksien ja julkisen vallan kautta järjestetyn huolenpidon toteutumisesta oikeuden ja politiikan yhteistoimintana. Seuraava johdannon osa taustoittaa tutkielman oikeusrealistista pyrkimystä: avoimuus yhteiskuntaa kohtaan lainopillisen tutkimuksen valossa.¹¹

Hyvinvointivaltioiden syntyminen länsimaisissa demokratioissa on johtanut olennaisiin muutoksiin oikeuden ja politiikan välisissä suhteissa. Zamboni on esittänyt, että nykyisissä länsimaisissa hyvinvointivaltioissa oikeudesta on tullut politiikan ensisijainen väline, joka on kuitenkin johtanut samalla myös oikeudellisen sääntelyn kompleksisuuteen ja siten juridisen erityisasiantuntemuksen korostumiseen. Juridisen asiantuntemuksen monimutkaistuminen ja eriytyminen on ristiriitaisesti heikentänyt poliittisten päätöksentekijöiden valtaa. Magnussen ja Banasiak ovat samalla

¹¹ Tässä yhteydessä hyödynnän law and society/ law in context/ socio-legal tutkimusta. Pyrin eräällä tavalla uudelleenajattelemaan oikeusdogmaattista tutkimusta enkä irtautumaan siitä.

korostaneet, että oikeudellistuminen voi myös vahvistaa poliittista päätöksentekoa esimerkiksi vahvistamalla yhteiskunnassa heikossa asemassa olevien oikeuksia ja kykyä osallistua päätöksentekoon (*poliittinen oikeudellistuminen*)¹². Liikkeellä näyttäisi siis olevan monen suuntaisia ristiriitaisiakin oikeuden ja politiikan keskinäissuhteita. Keskeisenä ilmiönä voidaan kuitenkin pitää sitä, että hyvinvointivaltiossa oikeuden avulla pyritään toteuttamaan yhteiskuntapoliittisia tavoitteita, jolloin oikeudellinen sääntely laajenee uusille yhteiskunnan alueille ja toisaalta sääntely muuttaa muotoaan tavoitekeskeiseksi yksilön negatiivisten oikeuksien korostamisen sijaan.¹³

Samalla on kuitenkin korostettava, että myös hyvinvointivaltioiden oikeusjärjestyksiin sisältyy erilaisia oikeudellisia traditioita, keinoja, sääntelymalleja ja tavoitteita, joista keskeisenä voidaan pitää oikeusvaltioperiaatteeseen perustuvaa rule of law -traditiota (*gesellschaft*). Modernissa hyvinvointivaltiossa rule of law -tradition rinnalla vaikuttaa yleistä etua ja kansalaisten tarpeita korostava byrokraattishallinnollinen traditio (*bureaucratic-administrative*). On tärkeää huomata, että hyvinvointivaltion hallinnon nousu oikeuden keinoin ei ole johtanut lähtökohtaisesti yksilön oikeuksien tai oikeusvaltioperiaatteen häviämiseen.¹⁴ Oikeuden ja politiikan suhde on kuitenkin muuttunut tavalla, joka on välttämätöntä huomioda myös oikeudellisessa ajattelussa ja lainopillisessa tutkimuksessa.

Hyvinvointivaltiollista kehitystä voidaankin suhteuttaa myös oikeudellisessa ajattelussa tapahtuneisiin muutoksiin. Yhdysvalloissa 1900-luvun alkupuoliskolla oikeudelliseen ajatteluun vaikutti oikeusrealistinen suuntaus, joka kyseenalaisti formalistisen ja positivistisen näkemyksen oikeusjärjestyksestä puhtaasti autonomisena sisäisesti ristiriidattomana tai rationaalisena sääntöjärjestelmänä (formalistis-positivistinen oikeuskäsitys). Oikeusrealistisessa ajattelussa *law in books* -näkökulman sijaan korostettiin *law in action* -näkökulmaa, jonka kautta oikeusjärjestys väistämättä avautui demokraattisen yhteiskunnan ristiriitaisille arvoille ja politiikalle. Samalla oikeusrealistinen ajattelu korosti oikeuden instrumentalistista ja pragmaattista suhdetta politiikkaan. Voidaankin katsoa, että oikeusrealistinen ajattelu osaltaan selitti ja legitimoit hyvinvointivaltiollisen sääntelyn laajentumista yhteiskunnassa.¹⁵

¹² Magnussen ja Banasiak 2013, s. 339.

¹³ Rubin 2017, s. 312; Banakar 2015, s. 248 ja Zamboni 2006, s. 298–303.

¹⁴ Nelken 1982, s. 179–180 ja 187–188, Alice Ehr-Soonin ja Eugene Kamenkan erottelun pohjalta.

¹⁵ Barkan 2009, s. 31 ja 36–37, Tamanaha 2001, s. 47–48 sekä Banakar 2015, s. 24–25. Oikeusrealismin ja hyvinvointivaltion suhteesta Zamboni 2006, s. 298–299 ja 315 sekä koherentismista Rubin 2017, s. 312.

Tämän tutkielman kannalta keskeistä on huomata, kuinka erityisesti oikeuden ja politiikan välisyys ymmärretään oikeusrealistisessa ajattelussa. Zamboni on korostanut artikkelissaan *Legal Realisms: on Law and Politics* (2006), että amerikkalaista ja skandinaavista oikeusrealismia yhdistävänä piirteenä voidaan pitää ajatusta oikeuden ja politiikan *risteävyydestä*. Toisin sanoen oikeutta ja politiikkaa ei ymmärretä toisistaan täysin autonomisina järjestelminä, mutta niitä ei myöskään samaisteta toisiinsa. Keskeistä ei siten ole essentialisoida oikeutta kysymyksellä ”mitä oikeus on?” vaan tarkastella oikeuden ja politiikan välisyyttä (”miten oikeus on?”).¹⁶

Tutkielmani inspiroituu ennen kaikkea 2000-luvulla kehitellystä *uudesta oikeusrealismista* (*New Legal Realism*), joka pyrkii vastavuoroisesti kunnioittamaan sekä oikeuden yhteiskuntatieteellistä tutkimusta että oikeuden doktriinin tutkimusta. Uuden oikeusrealismin piirissä law in books ja law in action -näkökulmia ei nähdä enää toisilleen vastakkaisina vaan oikeudellisen doktriinin katsotaan argumentaation ja justifikaation muodossa (law in books) vaikuttavan myös siihen kuinka oikeus toteutuu käytännössä (law in action) ja toisaalta toisin päin. Tutkimussuuntaus korostaa law in books ja law in action -näkökulmien välisen suhteen uudelleenarvioimista ja jopa näkökulmien yhdentymistä. Uusi oikeusrealismi korostaa myös mahdollisuutta niin sanottuun alhaalta ylöspäin -näkökulmaan (bottom- up). Tällainen alhaalta ylöspäin -näkökulma on vaikuttanut myös tähän tutkielmaan, koska olen kiinnostunut harkintavallan monitasoisesta ymmärtämisestä ja erityisesti harkintavallan soveltamisesta hyvinvointivaltion hallinnon tasolla enkä niinkään esimerkiksi tuomioistuintasolla. Harkintavaltateoreettinen näkökulma myös yhdentää ja syventää tässä tutkielmassa law in action ja law in books- näkökulmien välisyyttä. Uudessa oikeusrealismissa oikeuden voidaan katsoa muodostuvan käsitteiden ja käytännön vuorovaikutuksesta, mikä on mielestäni väistämätöntä ottaa huomioon avoimesti myös lainopillisessa tutkimuksessa.¹⁷

Tässä vaiheessa haluankin korostaa, että tutkielmassani on kyse lainopillisesta tutkimuksesta eli oikeudellisen doktriinin tutkimuksesta. Ajattelen, että lainopillinen tutkimus voi hyödyntää lainsoveltajaa, mutta samanaikaisesti myös osallistua laajempaan yhteiskunnalliseen keskusteluun, johon nähdäkseni hyvinvointivaltion sääntelykontekstissa lopulta myös lainsoveltajakin joutuu usein osallistumaan ratkaisuillaan. Uuden oikeusrealismin lähtökohtien ottaminen vakavasti on merkinnyt oikeudellisen doktriinin (oikeuden tulkinta, systematisointi, argumentointi ja justifikaatio) tutkimista avoimena oikeuden ja politiikan sekä law in action ja law in books -

¹⁶ Zamboni 2006, s. 295- 299, 304 ja 310.

¹⁷ Dagan ja Kreitner 2018, s. 529–532 ja 540; Garth ja Mertz 2016, s. 124; Shaffer 2015, s. 482-483 sekä Erlanger ym. 2005, s. 336 ja 361.

näkökulmien risteävyyksille. En siis pyri systematisoinnissani tai tulkinnassani väistämään politiikan merkitystä oikeudelliselle arvioinnille, vaan pyrin tunnistamaan mikä merkitys sillä on erilaisissa tapauskohtaisissa tilanteissa. Tutkimusotettani voisi kuvata myös kriittiseksi tai yhteiskunnallisesti suuntautuneeksi ongelmakeskeiseksi lainopiksi. Suhtaudun siten oikeusjärjestykseen kokonaisuutena lähtökohtaisesti ristiriitaisena yhteiskunnallisia tavoitteitaan puutteellisesti toteuttavana järjestelmänä, joka vaikuttaa ja vaikuttuu yhteiskunnan muista systeemeistä kuten politiikasta, taloudesta tai etiikasta.¹⁸ Tutkimusaihe ja näkökulma osuvat sellaiseen oikeusjärjestyksen osaan, jota tarkasteltaessa oikeuden yhteys politiikkaan ja muuhun yhteiskuntatodellisuuteen tulevat väistämättä näkyväksi. Sosiaalioikeudellisen sääntelyn epätäsmällinen ja joustaviin normeihin perustuva luonne, sosiaalihuollon asiantuntiharkinnan rooli sekä vahva taloudellis-poliittinen ohjaus ovat sellaisia ilmiöitä, joita olisi hankala tarkastella ainoastaan oikeusnormien kielelliseen merkityssisältöön palautuvina formalistis-positivistisen oikeusjärjestyksen ilmiöinä.

Nähdäkseni ei riitä, että oikeudellisessa arvioinnissa ainoastaan todetaan sosiaalioikeudellisen sääntelyn epätäsmällinen luonne ja yhteys poliittiseen harkintaan, vaan samalla on selvitettävä myös niitä oikeudellisia ristiriitoja, jännitteitä, argumentteja, riskejä tai ongelmia, jotka vaikuttavat ikääntyneen henkilön kotiin annettavien sosiaalihuollon palveluiden riittävyyteen ja saatavuuteen. Kriittisen oikeusteorian ja uuden oikeusrealismin näkökulmasta oikeuden avoimuuden tai lopullisen määräytymättömyyden ei pitäisi merkitä suinkaan lainopin kyvyttömyyttä käsitellä ongelmaa, vaan nimenomaan vastuunottamista ja epämääräisyyden tarkempaa tutkimista, jota edellä kutsuin tutkielmani puitteissa aiheen oikeudelliseksi haltuunotoksi¹⁹.

Tutkimusotteeni voidaan katsoa olevan siinä mielessä normatiivinen ja kriittinen, että olen valinnut nimenomaan sosiaalisten oikeuksien toteutumisesta tai ikääntyneen henkilöön kotiin annettavasta huolenpidosta huolestuneen näkökulman, jonka pohjalta pyrin lainopin kautta paljastamaan voimassaolevaan oikeuteen sisältyviä ristiriitoja ja jännitteitä.²⁰ Kyse ei ole siis ainoastaan siitä, että lainopin keinoin selvitettäisiin formalistisesti oikeuksien sisältö tulkinnalla ja sen jälkeen

¹⁸ Kriittisestä lainopin metodista yleisesti Hirvonen 2011, s. 51. Kriittisen lainopin suhteesta oikeuteen esimerkiksi Tuori 2007, s. 3 ja Koivisto 2011, s. 35 sekä Petman 2002, s. 73-84. Yhteiskunnallisesti suuntautuneesta ongelmakeskeisestä lainopista Kangas 1997, s. 105-106. Kangas toteaa mielestäni osuvasti, että ”Systematisointi ei ole väline inkoherenssin häivyttämiseksi. Pikemminkin päinvastoin. Se on keino osoittaa oikeusjärjestyksen sisäiset jännitteet. Oikeustieteen tulkintatehtävä on kykyä käyttää hyväkseen näiden jännitteiden olemassaoloa.”

¹⁹ Ks. kriittisen oikeusteorian ja nihilismin välisyydestä Petman 2002, s. 82-84. Uuden oikeusrealismin osalta esim. Miles ja Sunstein 2008, s. 836.

²⁰ Koivisto käsittelee paljastavaa kritiikkiä metodina Tuorin jaottelun pohjalta Koivisto 2011, s. 35-40.

arvioitaisiin oikeuksien toteutumista. Sen sijaan kyse on myös sen hahmottamisesta, että millaisessa oikeudellisessa ajattelussa, instituutioissa tai kamppailuissa sosiaalisten oikeuksien tulkinta, argumentaatio, systematisointi ja sen myötä lopulta oikeuksien sisältö ja velvoittamistapa määräytyvät.

Tieteellisyyden näkökulmasta tutkimussuuntaukseni voisi kuvata olevan lainopillista tutkimusta, joka pyrkii olemaan merkityksellistä myös laajemmassa yhteiskunta- ja oikeustieteellisessä kehityksessä – kunnioittaen kuitenkin nimenomaan oikeuden doktriinin tutkimuksen erityisyyttä. Tämän kaltaiselle tutkimusotteelle suomalaisessa oikeustieteellisessä keskustelussa ovat näyttäneet tietä muun muassa Panu Minkkinen ja Kaijus Ervasti²¹.

Perinteisen oikeudenalajaottelun näkökulmasta tutkielmassa on kyse sosiaalioikeuden, hallinto-oikeuden ja valtiosääntöoikeuden välimaastoon putoavasta tutkimuksesta. Tässä yhteydessä on mainittava, että Suomessa on myös viime vuosina noussut uutensa itsenäisenä oikeudenalana *vanhuusoikeus*, jota on kehittänyt erityisesti Anna Mäki-Petäjä-Leinonen. Hänen tutkimuksensa on keskittynyt erityisesti ikääntyneen henkilön itsemääräämisoikeuden ja oikeusaseman pohtimiseen.²² Tässä suhteessa oma tutkielmani asettuu lähemmäksi esimerkiksi Laura Kalliomaa-Puhan tutkimusta omaishoidon tuesta hoivan instrumenttina²³. Tutkielmani näkökulma on viime kädessä hyvinvointivaltion sääntelyyn ja hallintoon palautuva, eikä niinkään ikääntyneen henkilön oikeudellisesta asemasta ponnistava. Tähän tutkielmaan valitun tutkimusongelman vuoksi tutkielma kuitenkin asettuu luonnollisesti myös vanhuusoikeudelliseen keskusteluun

Johdannon lopuksi käyn vielä lyhyesti läpi tutkielman rakennetta. Systematisoiva ja tulkitseva oikeusdogmaattinen näkökulma näkyy voimakkaimmin tutkielman ensimmäisessä osassa (luvut 2-3.), jossa lyhyen palvelujärjestelmän yleiskuvauksen jälkeen systematisoin Euroopan sosiaalisen peruskirjan ja Suomen perustuslain säännöksiä sekä niitä valvovien oikeuselinten oikeuskäytäntöä. Tutkielman toisessa osassa (luku 4.) oikeuslähteeni perustuvat pääosin harkintavaltaoppia koskevaan suomalaiseen oikeustieteelliseen kirjallisuuteen, jolloin pyrin ensisijaisesti selvittämään olennaisia käsitteitä ja näkökulmia, joiden kautta sosiaalisten oikeuksien toteutumista voitaisiin

²¹ Minkkinen 2017, s. 45 ja Ervasti 2017.

²² ks esimerkiksi teos Vanhuus ja oikeus. 2014. Helsingin Kamari Oy. Mäki-Petäjä-Leinonen, Anna ja Nieminen, Liisa (toim.) tai Mäki-Petäjä-Leinosen väitöskirja Dementoituvan henkilön oikeudellinen asema. 2003. Suomalainen lakimiesyhdistys.

²³ Tässä viitataan esimerkiksi hänen väitöskirjaansa *Vanhoille ja sairaille sopivaa? Omaishoitosopimus hoivan instrumenttina*.

arvioida Suomen oikeusjärjestyksen puitteissa. Toisen osan loppupuolella (4.3) korostuu paljastava tai kriittinen näkökulma, kun yhdistän harkintavaltateoreettista ja sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien toteuttamisnäkökulmaa. Kolmannessa osassa (5.) palaan taas tavallisen lainsäädännön puitteissa tarkastelemaan nimenomaisesti voimassaolevaa oikeutta – hyödyntäen tutkielman edellisissä osissa systematisoitua tietoa.

2. Yleiskuvaus ikääntyneiden kotiin annettavien sosiaalihuollon palveluiden sääntelyperustasta

Tässä luvussa käsittelen lyhyesti ikääntyneiden kotiin annettavia sosiaalihuollon palveluita koskevaa järjestelmää ja sääntely-ympäristöä Suomessa. Samalla esittelen tutkielman kannalta keskeisiä käsitteitä ja palvelujärjestelmän perusteita. Käsittely mahdollistaa lukijalle konkreettisen sääntelykontekstin hahmottamisen, jota vasten tutkielman myöhempi tarkastelu asettuu.

Sosiaalipoliittinen tavoite laitospurkamisesta ja kotona asumisesta mahdollisimman pitkään on juurtunut keskeiseksi periaatteeksi ikääntyneiden henkilöiden sosiaalihuollon palvelujärjestelmän sääntelyyn. Kotiin annettavien palvelujen ensisijaisuus ilmenee nykyään lainsäädännöstä nimenomaisesti²⁴. Myös asiakkaan itsemääräämisoikeutta ja mielipiteen huomioimista korostavat menettelysäännökset²⁵ vahvistavat välillisesti kotona asumisen ensisijaisuutta, jos ikääntynyt henkilö ilmaisee haluavansa asua ensisijaisesti omassa kodissaan. Lisäksi oikeudellisesti sitomattomiin laatusuosituksiin²⁶ perustuva yleinen ohjaus korostaa kotiin annettavien palvelujen roolia ensisijaisena tukimuotona. Tutkielman myöhemmässä osassa selvitetyllä tavalla myös sosiaaliset perus- ja ihmisoikeudet tukevat kotona asumisen ensisijaisuuden periaatetta. Näin ollen tavoite kotona asumisesta mahdollisimman pitkään ja siihen perustuva kotiin annettavien sosiaalihuollon palvelujen ensisijaisuus perustuu sääntelyä läpileikkaavaan ja jopa ylikansallista tukea saavaan oikeudelliseen perustaan.

Kotiin annettavien palvelujen ensisijaisuus ei kuitenkaan merkitse välttämättä pelkästään kotiin annettavia palveluja koskevien yksilön oikeuksien vahvistumista tai hyvää huolenpitoa. Kun tosiasiallisesti olemassaoleva kansallinen ja alueellisesti kuntiin pirstaloitunut palvelujärjestelmä asettaa reunaehdoja yksilön käytettävissä oleville palveluvaihtoehdoille, voi tavoite kotona asumisesta mahdollisimman pitkään kääntyä ikääntyneen henkilön ainoaksi mahdollisuudeksi turvata ihmisarvoisen ja hyvän vanhuuden edellytykset. Kalliomaa-Puhan ajatusta seuraten voidaan katsoa, että kotiin annettavien palvelujen korostaminen vahvistaa ikääntyneiden henkilöiden ja perheiden vastuuta sekä kietoo yhteen perheiden epävirallista hoivaa julkisen palvelujärjestelmän

²⁴ Sosiaalihuoltolaki (1301/2014) 21 §, vanhuspalvelulaki (980/2012) 13§ ja 14.

²⁵ Laki sosiaalihuollon asiakkaan asemasta ja oikeuksista (812/2000) 4 § ja 8 §.

²⁶ ks. esimerkiksi laatusuositus hyvän ikääntymisen turvaamiseksi ja palvelujen parantamiseksi 2017–2019, STM julkaisuja 2017:6, s. 24.

kanssa²⁷. Julkisen ja yksityisen välisen suhteen osittainen yhteenkietoutuminen haastaa myös viranomaisen harkintavallan selväpiirteistä käsittämistä ja toisaalta sosiaalisten oikeuksien toteutumisen arviointia. Toisin sanoen hyvinvointivaltiollinen sääntelymalli korostaa kotiin annettavan huolenpidon saatavuutta ja riittävyyttä, mutta tosiasiallisen huolenpidon tason ja toteutumisen arvioiminen edellyttää syvällisempää käsitystä ikääntyneiden kotiin annettavan sosiaalihuollon sääntelymalleista ja sääntely-ympäristöstä.

Tässä yhteydessä on syytä huomata myös eri yhteiskunnan ryhmien välinen sääntelyn epäsymmetrisyys. Perinteisesti sosiaalihuollon sääntelyssä on pyritty universalisuuseriaatteen mukaisesti välttämään eri väestöryhmien tarvitsemien palveluiden sääntelystä eri laeissa²⁸. Monien ryhmien kohdalla palveluiden yksityiskohtaisista saamisedellytyksistä on kuitenkin nykyään säädetty erityislaeissa kuten lastensuojelulaissa, vammaispalvelulaissa ja mielenterveyslaissa. Ikääntyneet henkilöt ovat tällä hetkellä ainoa sosiaalihuollon ryhmä, jonka kohdalla sosiaalihuollon yleislaki eli sosiaalihuoltolaki määrittää valtaosan kotiin annettavien palvelujen saamisedellytyksistä. Ikääntyneiden kotiin annettavista sosiaalipalveluista säädetään sosiaalihuoltolain ohella vanhuspalvelulaissa ja laissa omaishoidon tuesta.

Suomessa kunnat vastaavat vielä tällä hetkellä ikääntyneiden kotiin annettavien palveluiden järjestämisestä. Kunnat voivat järjestää palvelut itse, ostopalveluna, kuntayhtymän kautta tai antamalla asiakkaalle palvelusetelin²⁹. Jos valmisteilla oleva laki valinnanvapaudesta sosiaali- ja terveydenhuollosta tulee tulevaisuudessa voimaan Sipilän hallituksen suunnittelemassa muodossaan, palvelu/asiakassetelin käyttöala ja merkitys ikääntyneiden kotiin annettavien sosiaalihuollon palveluiden toteuttamisessa voisi laajentua huomattavasti.³⁰

Palvelujärjestelmän piirissä olevat ikääntyneet henkilöt ovat hyvin erilaisissa tilanteissa palvelutarpeensa osalta. Osa ikääntyneistä henkilöistä pärjää kerran viikossa annettavalla siivousavulla, kun taas toisten ikääntyneiden henkilöiden palveluntarve vastaa asumispalveluyksiköissä annettavan huollon tasoa. Monissa tilanteissa ikääntyneen henkilön palvelutarpeeseen vastaaminen edellyttää yksittäisten palvelujen yhteensovittamista ja palvelukokonaisuuksien ymmärtämistä. Palveluja koskevaa päätöksentekoa ja harkintaa joudutaan tekemään rinnakkain tai toisiaan seuraten yhdessä tai useammassa eri viranomaisessa. Yksittäisillä

²⁷ Kalliomaa-Puha 2007, s. 23 ja 43.

²⁸ HE 160/2012 vp, s. 9.

²⁹ Laki sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionavustuksesta (733/1992) 4 §.

³⁰ Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi asiakkaan valinnanvapaudesta sosiaali- ja terveydenhuollosta ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi HE 16/2018 vp s. 97 ja 234.

kotiin annettavilla sosiaalihuollon palveluilla on kuitenkin myös omat saamisedellytyksensä, jotka kytkeytyvät usein viime kädessä sosiaali- ja lääketieteelliseen tarvearviointiin.

Seuraavaksi tarkastelen esimerkinomaisesti kahta keskeistä kotiin annettavaa sosiaalihuollon palvelumuotoa. Tarkoitukseni on esitellä lyhyesti ikääntyneiden kotiin annettavaa huolenpitoa turvaavan järjestelmän perusteita tavallisen lainsäädännön näkökulmasta ennen siirtymistä sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien käsittelyyn.

2.1 Kotipalvelu, tukipalvelut ja kotihoito

Kotipalvelussa on sosiaalihuoltolain 19 §:n mukaisesti kyse jokapäiväiseen elämään kuuluvien tehtävien ja toimintojen suorittamista tai niissä avustamista. Sosiaalihuoltoasetuksen (607/1983) 9 §:ssä tarkennetaan, että kotipalveluina järjestetään kodinhoitajan tai kotiavustajan antamaa kodissa tapahtuvaa yksilön ja perheen työapua, henkilökohtaista huolenpitoa ja tukemista. Lain esitöiden mukaan lähtökohtaisesti asiakasta tuetaan ja autetaan eikä asioita tehdä hänen puolestaan³¹.

Kotipalvelua annetaan sairauden, synnytyksen, vamman tai muun vastaavanlaisen toimintakykyä alentavan syyn tai erityisen perhe- tai elämäntilanteen perusteella. Säännöksessä ei nimenomaisesti mainita ikääntymistä syynä palvelun antamiselle, mutta suurin osa kotipalvelun piirissä olevista henkilöistä on nykyään ikääntyneitä henkilöitä³², joiden toimintakyvyn alentuminen liittyy vanhenemiseen. Kotipalvelu näyttäisi muuttuneen 1950-luvun monilapsisten lapsiperheiden kodinhoitoavusta ikäihmisten laitoshuoltoa lykkääväksi palveluksi 1990-luvun aikana ja viimeistään 2000-luvulle siirryttäessä³³.

Kotipalvelun tukipalveluina annetaan sosiaalihuoltolain 19 §:n 3 momentin mukaan ateria-, vaatehuolto- ja siivouspalveluja sekä sosiaalista kanssakäymistä edistäviä palveluja. Tukipalveluina voidaan järjestää myös peseytymis-, ulkoilutus- ja turvallisuuspalveluita³⁴. Säännöksen 3 momenttiin sisältyvä luettelo ei ole tyhjentävä³⁵.

³¹ HE 160/2012 vp, s. 112.

³² HE 164/2014 vp, s. 119.

³³ HE 164/2014 vp, s. 18. Uuden sosiaalihuoltolain tavoitteena oli kuitenkin nimenomaan vahvistaa lapsiperheiden oikeutta kotipalveluun.

³⁴ HE 164/2014 vp, s. 112 ja sosiaalihuoltoasetuksen 9 §.

³⁵ HE 160/2012 vp, s. 9.

Kotihoidossa on kyse terveydenhuoltolain 25 §:n mukaisen kotisairaanhoidon ja sosiaalihuoltolain 19 §:n kotipalvelun yhdistämisestä yhdeksi palvelukokonaisuudeksi, jolla voidaan vastata sekä terveydenhuollon palveluiden että sosiaalihuollon palveluiden tarpeeseen. Asiakkaan palveluntarvetta voidaan arvioida kotihoidon näkökulmasta sosiaali- ja terveydenhuollon hallinnolliset rajat ylittävänä kokonaisuutena ja sovittaa sosiaali- ja terveydenhuollon ammattilaisten osaaminen vastaamaan asiakkaan yksilölliseen tarpeeseen.³⁶

Kotipalvelua tukipalveluineen ja kotihoitoa voidaan järjestää tilapäisesti tai jatkuvasti ja säännöllisesti annettuna palveluna. Palvelua voidaan antaa päiväkäyntien lisäksi iltaisin, viikonloppuisin ja jopa öisin.³⁷ Säännöstasolla palvelun antamisen laajuus kytkeytyy kuitenkin ennen kaikkea ”tarve” käsitteeseen, mikä ilmenee sosiaalihuoltolain 19 §:n 2 momentista. Kotipalvelussa on kyse kunnan yleiseen järjestämisvelvollisuuteen kuuluvasta määrärahasidonnaisesta palvelusta.³⁸

Kotihoito- ja palvelujärjestelmässä on siis käytännössä kyse perheen ulkopuolisen työntekijän palkkaamisesta vastamaan osasta ikääntyneen henkilön kotona tapahtuvaa huolenpitoa. Sosiaalialan markkinallistumisen myötä kotipalvelun työntekijä on usein yksityisen yrityksen palvelussa oleva henkilö, jonka työnantajan kanssa kunta on tehnyt kilpailuttamista edellyttävän ostopalvelusopimuksen palvelun toteuttamisesta. Tässä mielessä monet palvelun saatavuuteen ja riittävyyteen liittyvät tekijät saattavat tosiasiallisesti määräytyä jo kilpailutusvaiheessa eli kauan ennen varsinaista yksittäistä ikääntynyttä henkilöä koskevaa päätöksentekoa.

Ongelmia järjestelmässä voi syntyä kotihoidon puutteellisen sisällön, riittämättömien käyntikertojen tai asiakkaan kokonaistilanteen valvonnan laiminlyönnin vuoksi. Käytännössä riskit liittyvät esimerkiksi ikääntyneen henkilön perushygieniasta huolehtimiseen, ravitsemukseen ja ulkoiluttamiseen, mitä käsittelemme tutkielman 3.3.1 osassa eduskunnan oikeusasiamiehen ratkaisukäytännön valossa. Joissakin tilanteissa palvelujärjestelmästä riippuvaisen ikääntyneen henkilön elämän jatkumisen kannalta välttämättömät tarpeet kuten lääkkeiden saaminen voivat olla kiinni kotihoidon asianmukaisesta toteutumisesta.

³⁶ HE 164/2014 vp, s. 113-114.

³⁷ HE 164/2014 vp, s. 114.

³⁸ HE 164/2014, s. 85-86.

2.2 Omaishoidon tuki ja omaisten tukeminen

Omaishoidon tukijärjestelmän keskeinen ero kotihoitojärjestelmään on se, että ikääntyneen henkilön huolenpidosta kotona vastaa omainen eli hoidettavalle läheinen henkilö eikä lähtökohtaisesti perhe- tai lähipiirin ulkopuolinen työntekijä. Omaishoidon tuen riskit voivat olla samankaltaisia kuin edellä esiin tuodut kotihoiton puutteelliseen toteuttamiseen liittyvät riskit, mutta kokonaistilanne on lähtökohtaisesti hieman erilainen, kun kunta solmii huolenpidon sisällöstä erityisen omaishoitajasopimuksen ikääntyneelle henkilölle läheisen ihmisen kanssa.

Omaishoidon tuki on kokonaisuus, joka muodostuu 1) hoidettavalle annettavista palveluista ja 2) omaishoitajalle annettavasta hoitopalkkiosta, vapaasta ja palveluista.³⁹ Omaishoidon tuesta annetun lain (937/2005) 2 §:n mukaan omaishoidolla tarkoitetaan vanhuksen, vammaisen tai sairaan henkilön hoidon ja huolenpidon järjestämistä kotiloissa omaisen tai muun hoidettavalle läheisen henkilön avulla. Omaishoidon tuesta säädetään ikääntyneiden sosiaalihuollon palvelujärjestelmään nähden poikkeuksellisella tavalla omassa erityislaissaan. Lain säätämisen tarkoituksena on ollut parantaa asiakkaan oikeutta tuen saamiseen täsmentämällä tuen myöntämiskriteereitä laissa, vaikka tuki säilytettiin määrärahasidonnaisena etuutena, johon yksilöllä ei ole subjektiivista oikeutta⁴⁰.

Omaishoidon tukijärjestelmässä kunta ja omaishoitaja tekevät omaishoitosisopimuksen, josta ilmenevät muun muassa omaishoitajan oikeus palkkioon ja vapaapäiviin. Olennaista on kuitenkin huomata, että omaishoitosisopimuksen sisältö on suhteellisen tarkasti määritelty laissa omaishoidon tuesta. Puitteet aidolle sopimuksellisuudelle ovat suhteellisen kapeat. Kalliomaa-Puha on väitöskirjassaan tutkinut omaishoidon tukea hoivan instrumenttina ja muun muassa omaishoitosisopimuksen sopimuksellisuutta. Hän kuvailee omaishoitosisopimusta hallinnossa tehtäväksi pitkäkestoiseksi vakiosopimukseksi, jota tulisi tarkastella usein myös verkostosopimuksena. Kalliomaa-Puha esittää, että omaishoitajasopimus tarvitaan velvoittamaan hoitaja hoitotyöhön, koska nykyinen oikeusjärjestelmä ei sisällä minkäänlaista velvollisuutta aikuisen perheenjäsenen hoitamiseksi.⁴¹

Omaishoidon tuen pääasialliset saamisedellytykset ilmenevät omaishoidon tuesta annetun lain 3 §:stä. Edellytykset kytkeytyvät sekä hoidettavan toimintakyvyn alentumiseen liittyvään tarpeeseen

³⁹ HE 164/2014 vp, s. 34 ja HE 160/2012 vp, s. 11.

⁴⁰ HE 131/2005 vp, s. 12.

⁴¹ Kalliomaa-Puha 2007, s. 165, 171 ja 176-177.

kuten kotipalvelun kohdallakin, mutta myös hoitajan kykyyn vastata omaishoidosta ja toisaalta kodin olosuhteisiin. Lähtökohtaisesti omaishoidon tuella ikääntyneen palvelutarpeeseen vastaaminen edellyttää hoidettavan ja hoitajan suostumusta ja sopivuutta omaishoitosuhteeseen. Jos nämä edellytykset eivät täyty, viranomainen joutuu vastaamaan palvelutarpeeseen jollakin muulla palvelulla.⁴²

Omaishoidon tuen kohdalla palveluiden yhteensovittamisnäkökulma konkretisoituu suoraan saamisedellytysten harkinnassa. Omaishoidon tuesta annetun lain 3 §:n 4) -kohdan mukaan kunta voi myöntää omaishoidon tukea, jos omaishoito yhdessä muiden tarvittavien sosiaali- ja terveydenhuollon palveluiden kanssa on hoidettavan hyvinvoinnin, terveyden ja turvallisuuden kannalta riittävää. Toisin sanoen viranomaisen on päätöstä tehtäessä arvioitava myös esimerkiksi kotihoidon ja asunnon muutostöiden vaikutusta henkilön avuntarpeeseen ja toisaalta omaishoitajan tarvitsemien palveluiden ja voimavarojen välistä suhdetta.

Palvelukokonaisuuksien näkökulmasta on myös olennaista, että omaishoidon toimivuutta voidaan valvoa muiden palvelujen kautta kuten esimerkiksi kotipalvelun työntekijöiden, terveystarkastusten, sosiaalityöntekijän kotikäyntien tai hoidettavan osa-aikaisen sijaishuollon avulla.⁴³ Tästä näkökulmasta kyse ei ole vain palvelun antamisesta ja saamisesta vaan myös eräänlaisesta kontrollijärjestelmästä, jonka tarkoituksena on turvata julkisen vallan valvontavastuu ja edelleen asiakkaan tarpeiden mukaiset palvelut myös ongelmatilanteissa.

Omaishoitajan oikeutta palveluihin on pyritty vahvistamaan säätämällä asiaa nimenomaisesti koskevia säännöksiä kuten omaishoidon tuesta annetun lain 3 a § (omaishoitajan hoitotehtävää tukevat palvelut) ja 4 a § (sijaishoito omaishoitajan vapaan tai muun poissaolon aikana). Omaishoidontuesta annetun lain 4 a § mahdollistaa hoidettavan huolenpidon järjestämisen sijaishuoltona toimeksiantosopimuksen kautta omaishoitajan pitäessä vapaata. Sijaishuoltomallin käyttäminen edellyttää säännöksen mukaan omaishoitajan suostumusta, mutta sanamuodon mukaan hoidettavan osalta mielipiteen huomioiminen ja hänen etunsa mukaisuuden arvioiminen riittää. Järjestely näyttäytyy mielenkiintoiselta suhteessa sopimuksellisuuden käyttämiseen hoivan instrumenttina ottaen huomioon perinteisen hallintopäätöksen tekemiseen liittyvän harkinnan, jossa lähtökohtaisesti aikuisen ihmisen avohuollossa tapahtuva sijaishuolto edellyttäisi hänen suostumustaan. Sijaishuoltojärjestelyn tarkoituksena näyttäisi olevan kuitenkin ensisijaisesti

⁴² HE 131/2005 vp, s. 20-21

⁴³ks. omaishoitajalle annettavien palveluiden merkityksestä HE 85/2016 vp, s. 6 ja HE 131/2005 vp, s. 24.

omaishoitajan vapaan turvaaminen eikä niinkään hoidettavan oikeus tiettyyn palvelutasoon hoitajan vapaan aikana.

Omaishoidon tuen palkkion taso on kytketty hoidon sitovuuteen ja vaativuuteen. Omaishoidon tuesta annetun lain 5 §:n mukaan hoitopalkkio on vähintään 300 euroa kuukaudessa, mutta myös tätä alemmaa hoitopalkkiota voidaan maksaa, jos hoitoisuus on vähäisempää kuin yhtäjaksoisesti tai vähäisin keskeytyksin ympärivuorokautisesti sitovaa tai jatkuvaa päivittäin. Kunnan on maksettava 600 euron vähimmäishoitopalkkiota niissä tilanteissa, joissa omaishoitaja on hoidollisesti raskaan siirtymävaiheen aikana lyhytaikaisesti estynyt tekemästä omaa tai toisen työtä edellyttäen kuitenkin, ettei omaishoitajalla makseta tältä ajalta vähäistä suurempia työtuloja tai eräitä sairausvakuutuslain ja vuorotteluvapaalain mukaisia korvauksia. Kunnalla on mahdollisuus maksaa säädettyä palkkiota korkeampaa hoitopalkkiota.⁴⁴

Myös omaishoitajan vapaat on osittain porrastettu hoidon sitovuuden ja vaativuuden mukaan. Alun perin 1.1.2006 voimaan tullessa laissa omaishoidon tuesta vapaapäivien kerrytys oli sidottu täysin hoidon ympärivuorokautiseen luonteeseen, mutta 1.7.2016 voimaan tulleella lailla (511/2016) vapaajärjestelmää laajennettiin siten, että kaikki omaishoitosopimuksen tehneet omaishoitajat saivat vähintään kaksi vuorokautta lomaa kalenterikuukautta kohden. Porrastus säilyi kuitenkin siten, että yhtäjaksoisesti tai vähäisin keskeytyksin ympärivuorokautisesti tai jatkuvasti päivittäin hoitoon sidottu hoitaja on oikeutettu vähintään kolmeen vapaaseen vuorokauteen kalenterikuukautta kohden.⁴⁵

Omaishoidontukijärjestelmä tunnistaa ja tukee omaisten tekemää hoivatyötä. Samaan aikaan on selvää, että suurin osa omaisten tekemästä ikääntyneiden henkilöiden hoivatyöstä jää omaishoidontukijärjestelmän ja ylipäättänsä julkisen vallan tuen ulkopuolelle. Sosiaalihuoltolakiin lisättiin 1.7.2016 voimaan tulleella lailla (512/2016) uutta sääntelyä, jonka tarkoituksena on tukea myös niitä omaisia, jotka eivät ole tehneet omaishoitosopimusta, mutta joiden tilanne täyttää omaishoidontuesta annetun lain 3 §:n edellytykset. Uudessa sääntelyssä omaishoidontuesta annetun lain 3 §:n edellytykset täyttävälle läheistään hoitaville henkilöille voidaan myöntää vapaapäiviä ja alle vuorokauden pituisia virkistyspäiviä, joiden aikana kunta voi järjestää hoidettavan huollon edellä kuvatulla tavalla sijaishuoltona tai muutoin. Sosiaalihuoltolain 27 b §:n ja lain esitöiden perusteella omaishoitajajärjestelmän ulkopuolella olevan henkilön oikeus jää kuitenkin varsin

⁴⁴ Laki omaishoidon tuesta 4 §, 5 § ja HE 131/2005 vp, s. 23.

⁴⁵ Laki omaishoidon tuesta 4 § ja HE 85/2016 vp, s. 6.

täsmentymättömäksi suhteessa omaishoidontukijärjestelmän vastaavaan sääntelyyn ja näyttäisi siltä, että kunnalle on annettu varsin laaja harkintavalta vapaiden myöntämisessä. Hallituksen esityksen perusteella kunnalle on annettu ”mahdollisuus harkintansa mukaan myöntää vapaita”.⁴⁶ Joka tapauksessa uusi sääntely laajentaa mielenkiintoisella tavalla omaishoidontukijärjestelmän liepeillä olevien hoivan tukea, vaikkakin ainakin vielä tässä vaiheessa oikeudellisesti epämääräisellä tavalla.

Vaikka omaishoidon tuesta on säädetty oma erityislakinsa, jossa on osittain varsin yksityiskohtaisia saamisedellytyksiin liittyviä normeja, tukea pidetään lain esitöiden ja oikeuskäytännön perusteella kunnan yleisen järjestämisvelvollisuuden piiriin kuuluvana määrärahasidonnaisena palveluna eikä yksilön subjektiivisena oikeutena. Kunta voi siis esimerkiksi harkita palvelun myöntämisen priorisointiperusteita asukkaiden kesken tai määrätä kuinka laajasti asiakkaan tarpeisiin vastataan juuri omaishoidon tuen avulla ja miltä osin jollain muulla palvelulla kuten kotipalvelulla.⁴⁷ Tämä merkitsee käytännössä harkintavaltaa käyttävien viranhaltijoiden, asiantuntijoiden ja kunnan yleisestä ohjauksesta vastaavien poliittisesti nimitettyjen luottamuselimien korostunutta valtaa ikääntyneen henkilön huolenpidon toteuttamisessa.

Tutkielman keskiössä on kysymys sosiaalisten oikeuksien ja ikääntyneen henkilön huolenpidon toteutumisesta hallinnollisessa todellisuudessa, jossa harkintavaltaa käytetään monien ristisuuntaisten paineiden keskellä. Samalla kun hallinnon ruohonjuuritasolla harkintaan vaikuttavat informaatio-ohjaus, ammattikäytännöt, taloudelliset säästötavoitteet ja poliittinen ohjaus, muodostavat sosiaaliset perus- ja ihmisoikeudet myös paineen kuntien harkintavallalle. Sosiaaliset perus- ja ihmisoikeudet tarjoavat eräänlaisen kansallisen hallintotason ylittävän normiperustan, joka on välttämätöntä ottaa huomioon ikääntyneiden kotiin annettavaan huolenpitoon liittyvässä lainsoveltamisessa.

⁴⁶ HE 85/2016 vp, s.4-6 ja 14.

⁴⁷ Viimeisimmästä korkeimman hallinto-oikeuden oikeuskäytännöstä KHO 2018:135 ja KHO 2018:136.

3. Ikääntyneen henkilön kotiin annettavia sosiaalihuollon palveluita koskevat sosiaaliset perus- ja ihmisoikeudet

Nykyisessä suomalaisessa 2000-luvun hyvinvointivaltion oikeusjärjestyksessä on lähtökohtaisesti oikeudellisesti selvää, että sosiaaliset perus- ja ihmisoikeudet ovat osa Suomen kansallista oikeutta. Ne velvoittavat lainsäätäjää ja ikääntyneiden henkilöiden sosiaalihuollon palvelujärjestelmän toimeenpanosta vastaavaa hallintoa. Sosiaaliset perus- ja ihmisoikeudet vaikuttavat käytännössä esimerkiksi toimeksiantovaikutuksen ja perus- ja ihmisoikeusmyönteisen laintulkinnan kautta. Sosiaaliset perus- ja ihmisoikeudet muodostavat oikeuslähdehierarkkisesti tavallisen lainsäädännön ylittävän normiston, jota valvovat perus- ja ihmisoikeudellisesti herkäät kansalliset ja ylikansalliset instituutiot. Tästä näkökulmasta on mielekästä tarkastella nimenomaan sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien toteutumisen jännitettä suhteessa kansalliseen sosiaalihuollon järjestelmään ja siellä tapahtuvaan harkintavallan käyttämiseen. Yksityiskohtaisen tarkastelun kautta paljastuu uskoakseni myös laajemmin sosiaalisten oikeuksien soveltamiseen liittyviä tulkintamalleja.

Pyrin seuraavaksi systematisoimaan ja tulkitsemaan ikääntyneiden kotiin annettavia sosiaalihuollon palveluita koskevia perus- ja ihmisoikeudellisia normeja. Hahmottelen ikääntyneen kotiin annettavan huolenpidon suojan perus- ja ihmisoikeudellisia perusteita Euroopan sosiaalisen peruskirjan ja Suomen perustuslain valossa. Tavoitteenani on osoittaa, että ikääntyneiden kotiin annettava huolenpito saa oikeudellista tukea myös perus- ja ihmisoikeusnormeista sekä toisaalta esittää sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien ”luonteeseen” sekä tulkinta- ja soveltamistapaan liittyviä huomioita. Näillä huomioilla on merkitystä arvioitaessa sosiaalisten oikeuksien toteutumisen, harkintavaltaopin ja hyvinvointivaltiollisen sääntelyn suhdetta. Samalla vastaankin jo alustavasti tutkimuskysymykseeni ”Miten sosiaaliset perus- ja ihmisoikeudet vaikuttavat ikääntyneiden kotiin annettavien sosiaalihuollon palveluiden toteuttamiseen?”.

3.1 Euroopan sosiaalinen peruskirja ja sosiaalisten ihmisoikeuksien dynaamisuus

Euroopan sosiaalinen peruskirja (ESP) on Euroopan ihmisoikeussopimuksen (EIS) ohella toinen Euroopan neuvoston ihmisoikeusinstrumenteista. Euroopan sosiaalisen peruskirjan tarkoitus on yhdessä Euroopan ihmisoikeussopimuksen kanssa toteuttaa YK:n kansainvälinen ihmisoikeuksien

julistus⁴⁸. Euroopan sosiaalisen peruskirjan on ratifioinut⁴⁹ 47 valtiota vuonna 2017. Peruskirjan implementoimista ja täytäntöönpanoa kansallisella tasolla valvoo Euroopan sosiaalisten oikeuksien komitea⁵⁰. Valvonta perustuu valtioiden raportointimenettelyyn ja järjestökanteluihin⁵¹.

Jako Euroopan sosiaalisen peruskirjaan ja Euroopan ihmisoikeussopimukseen kuvastaa historiallista erottelua ihmisoikeuksien toiseen sukupolveen kuuluvien taloudellisten, sosiaalisten ja sivistyksellisten oikeuksien (TSS-oikeudet) ja ensimmäiseen sukupolveen kuuluvien kansalaispoliittisten oikeuksien (KP-oikeudet) välillä⁵². Keskeisenä erona on pidetty sitä, että sosiaalisten ihmisoikeuksien on ajateltu sitovan valtiota ikään kuin kollektiivisesti eivätkä ne lähtökohtaisesti suojaisi vapausoikeuksien tavoin jokaista valtion lainkäyttöpiirissä olevaa henkilöä yksilönä⁵³. Erityisesti sosiaalisten ihmisoikeuksien toteutuminen edellyttää myös usein taloudellisia voimavaroja⁵⁴.

Tietyt periaatteet, kuten ihmisarvon kunnioitus, läpäisevät kuitenkin sekä ensimmäisen että toisen sukupolven ihmisoikeuksia ja TSS-oikeuksien voidaankin katsoa täydentävän KP-oikeuksia⁵⁵. Toisaalta voidaan myös ajatella, että TSS-oikeudet luovat pohjan KP-oikeuksista nauttimiseen⁵⁶. Euroopan sosiaalisten oikeuksien komitean ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen dynaamis-evolutiivinen⁵⁷ tulkinta on mahdollistanut tietyiltä osin sosiaalisten oikeuksien ymmärtämisen yksilöä suojaavina universaaleina oikeuksina⁵⁸. Euroopan sosiaalisen peruskirjan tulkinnassa on tarpeen ottaa huomioon myös Euroopan ihmisoikeussopimus ja siihen liittyvä oikeuskäytäntö

⁴⁸ Digest of the case law of the European committee of social rights (2008), s.13.

⁴⁹ Signatures and ratifications of the 1961 Charter, its Protocols and the European Social Charter (revised) as of 1st January 2017. ESP on siinä mielessä monimutkainen ihmisoikeusinstrumentti, että osa nykyään voimassa olevista ratifioinneista koskee alkuperäistä vuoden 1961 peruskirjaa ja osa vuonna 1991 uudistettua peruskirjaa. Itse ratifiointijärjestelmä mahdollistaa valtioille osaan tai kaikkiin peruskirjan artikloihin sitoutumisen (ESP III osa).

⁵⁰ Uudistettua peruskirjaa koskevan lisäpöytäkirjan (Protocol amending the European Social Charter No. 142) mukaan Euroopan sosiaalisten oikeuksien komitea arvioi raporttien perusteella oikeudellisesta näkökulmasta kansallisen lainsäädännön ja käytänteiden yhteensopivuutta peruskirjan kanssa.

⁵¹ ks. tarkemmin valvontajärjestelmästä esim. Pellonpää ym. 2012 s. 35 ja historiallisesta kehityksestä Hyttinen 2013, s. 284.

⁵² ks. myös sosiaalisten ihmisoikeuksien kehityksestä Rautiainen 2017, s.24-26, Kalliomaa-Puha ja Tuovinen 2017, s. 11 ja Pellonpää ym. 2012, s. 12.

⁵³ esim. Mikkola 2010 s. 26.

⁵⁴ Karvonen-Kälkäjä 2012, s. 216.

⁵⁵ Mikkola 2017, s.40 ja Mikkola 2010, s.6-7.

⁵⁶ Rautiainen 2017, 1 luku.

⁵⁷ ks. dynaamis-evolutiivisesta tulkinnasta EIT:n tulkintaperiaatteena yleisesti Pellonpää ym. 2012 s. 288.

⁵⁸ Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ja Euroopan sosiaalisten oikeuksien komitean vuoropuhelun huomioimisesta Hyttinen 2013, s. 289. Ks. myös Harris 2001, s. 29.

erityisesti siltä osin kuin on kyse molemmissa instrumenteissa turvatuista oikeuksista tai periaatteista kuten ihmisarvon kunnioittamisesta⁵⁹.

Sosiaaliset ihmisoikeudet voivat vaatia kunnioittamaan, suojaamaan, varmistamaan, edistämään tai asettamaan vähimmäistasoja eli kyse ei ole vain negatiivisista ja positiivisista oikeuksista⁶⁰. Tämä ilmenee myös Euroopan sosiaalisen peruskirjaan kuuluvista oikeuksista, jotka ovat sosiaalisille ihmisoikeuksille tyypillisellä tavalla sanamuodoltaan abstrakteja, milloin yksin normin kirjoitusasu perusteella voi olla hankalaa luoda käsitystä normin konkreettisesta yksittäistapauksellisesta soveltamisesta⁶¹. Osa peruskirjan oikeuksista on ns. dynaamisia oikeuksia, joka merkitsee normin taustalla olevien tavoitteiden ja arvojen korostumista pelkän sanamuodon sijaan⁶². Euroopan sosiaalisten oikeuksien komitea kiinnittääkin valvonnassaan huomiota oikeuksien taustalla olevien tavoitteiden tosiasialliseen toteutumiseen sopimusvaltioissa eikä vain lainsäädäntöön, mitä voidaan verrata esimerkiksi Euroopan unionin tuomioistuimen lähestymistapaan⁶³.

Rautiainen on todennut yleisellä tasolla, että turvaamis- ja edistämismääräysten muotoon kirjoitetut sosiaaliset ihmisoikeudet asettavat usein subjektiivisten oikeuksien sijaan yleisiä oikeudellisia reunaehtoja, minkä vuoksi sosiaalisten ihmisoikeuksien kiistattoman edistämisen ja loukkaamisen väliin jää harmaa alue, jota arvioidaan pikemminkin poliittisista kuin oikeudellisista lähtökohdista⁶⁴. Peruskirjan sosiaalisten ihmisoikeuksien tulkinnan redusoiminen poliittisluonteiseksi arvioinniksi ei kuitenkaan antaisi riittävää tai välttämättä edes oikeaa kuvaa kyseessä olevien sosiaalisten ihmisoikeuksien luonteesta. Sen sijaan on mahdollista arvioida tarkemmin, kuinka oikeus ja politiikka risteävät tulkinnan ja harkinnan kautta oikeuksia sovellettaessa.

Käytännössä peruskirjan oikeuksien dynaaminen luonne merkitsee sitä, ettei aina voida yksiselitteisesti todeta tiettyä hetkenä tai yksittäisen olosuhteen perusteella sopimusvaltion ihmisoikeusvelvoitteiden laiminlyöntiä vaan oikeuksien toteutumista kokonaisarvioidaan

⁵⁹ Mikkola 2010, s.72 esimerkki systemaattisesta tulkinnasta peruskirjan henkilöllisen soveltamisalan osalta. ks. myös Euroopan sosiaalisen peruskirjan tulkinnasta ihmisoikeusinstrumentina yleisesti Harris 2001 s.24-31 ja De Schutter 2010 s.29-32.

⁶⁰ Mikkola 2010 s. 24 ja Mikkola 2017, s.39.

⁶¹ Mikkola 2010, s. 23.

⁶² Harris 2001, s. 27 ja De Schutter 2010 s. 35.

⁶³ Bell 2010, s.47.

⁶⁴ Rautiainen 2017, s.23.

pidemmällä aikavälillä ottamalla huomioon monitasoisesti yksilön asemaan ja yhteiskunnallisiin tosiasioihin liittyviä seikkoja suhteessa siihen, mitä sopimusvaltiolta voidaan kohtuudella odottaa⁶⁵. Tämä ei kuitenkaan nähdäkseni tarkoita sitä, että sosiaalisten ihmisoikeuksien sitovuus tai ”oikeudellisuus” pitäisi sinänsä ymmärtää heikompana kuin vapausoikeuksien, vaikka sosiaalisten oikeuksien arviointi edellyttää monitasoisempaan ja kattavampaan informaatioon perustuvaa lähestymistapaa, mikä myös muistuttaa luonteeltaan demokraattisen hyvinvointivaltion poliittisen päätöksenteon malleja. Mikkola on todennut komitean kvalitatiivisiin ja kvantitatiivisiin indikaattoreihin perustuvan arvioinnin olevan usein suomalaiselle juristille vieras tapa argumentoida.⁶⁶ Mikkolan huomio saattaa selittää myös laajemmin vaikeuksia, jotka liittyvät sosiaalisten oikeuksien ymmärtämiseen ja soveltamiseen hallinnossa.⁶⁷

Euroopan sosiaalisen peruskirjan tehokkuuteen liittyvät ongelmat voidaankin paikantaa peruskirjan ratifiointi- ja valvontajärjestelmään eikä itsessään sosiaalisten ihmisoikeuksien ”poliittiseen luonteeseen”, joka ikään kuin formalistisesta näkökulmasta voitaisiin ymmärtää epäoikeudellisuutena. Itse katson, että kyse on oikeusrealistisesta näkökulmasta nimenomaan hyvinvointivaltiolle tyypillisestä oikeudellisesta sääntelymallista. Peruskirjan tehottomuuden osalta voidaan kuitenkin todeta, että peruskirjan ratifiointijärjestelmä perustuu niin kutsuttuun *a la carte*-malliin⁶⁸ eli valtiot voivat valita mihin peruskirjan artikloihin ne sitoutuvat, mikä osaltaan heikentää sopimuksen sitovuutta. Lisäksi peruskirjan henkilöllinen soveltamisala on rajoittunut lähtökohtaisesti sopimusvaltion kansalaisiin toisin kuin Euroopan ihmisoikeussopimuksessa⁶⁹. Samoin peruskirjaa valvovan komitea itsessään ei ole tuomioistuin vaan itsenäisistä asiantuntijoista koostuva komitea⁷⁰, joka joutuu alistamaan päätöksensä Euroopan neuvoston ministerikomitealle toisin kuin Euroopan ihmisoikeustuomioistuin⁷¹. Tällaiset seikat vaikuttavat luonnollisesti peruskirjan sosiaalisten oikeuksien toteutumisen tehokkuuteen ja vaikuttavuuteen.

⁶⁵ ks. Harris 2001, s.25-27 siitä miten komitea esimerkiksi arvioi kohtuullisia toimenpiteitä.

⁶⁶ Mikkola 2017, s. 41.

⁶⁷ Palaan tähän ajatukseen tutkielman aikana useaan otteeseen, joten en käsittele sitä tässä seikkaperäisemmin.

⁶⁸ ks. Euroopan sosiaalisen peruskirjan III osa.

⁶⁹ Euroopan sosiaalisen peruskirjan liite (the Appendix): ”Without prejudice to Article 12, paragraph 4, and Article 13, paragraph 4, the persons covered by Articles 1 to 17 and 20 to 31 include foreigners only in so far as they are nationals of other Parties lawfully resident or working regularly within the territory of the Party concerned, subject to the understanding that these articles are to be interpreted in the light of the provisions of Articles 18 and 19.”

⁷⁰ Mikkola 2010 s.111-115 komitean luonteesta ja kokoonpanosta.

⁷¹ Bell 2010 s. 48. Lisäksi ks. De Schutter 2010, s.11 valvontamenettelyn poliittisoikeudellisesta luonteesta ja kehityksestä.

3.1.1 Ikääntyneen kotiin annettavia sosiaalihuollon palveluita koskevat oikeudet

Peruskirjaan sisältyy suuri määrä sosiaalisia ihmisoikeuksia liittyen muun muassa työttömyyteen, työlöihin, työmarkkinoihin, toimeentuloturvaan, asumiseen sekä sosiaali- ja terveydenhuoltoon. Komitea jakaa raportointijärjestelmässään oikeudet temaattisesti neljään ryhmään, joista ryhmä 2 koskee terveyttä, sosiaaliturvaa ja sosiaalista suojelua (social protection)⁷². Nimenomaisesti ikääntyneiden henkilöiden kotiin annettavien sosiaalihuollon palveluiden kannalta olennaisia oikeuksia ovat:

Artikla 14 (Oikeus sosiaalipalveluihin)

Artikla 23 (Ikääntyneiden henkilöiden oikeus sosiaaliseen suojeluun)

Tässä yhteydessä on kuitenkin huomattava, että Euroopan sosiaalisten oikeuksien komitea tulkitsee peruskirjaa ihmisoikeusinstrumenteille tyypillisesti kokonaisvaltaisesti siten, että yksittäiset oikeudet tukevat toisiaan eikä niiden välille voida tehdä täysin vedenpitävää rajaa⁷³. Näin ollen tarkastelussa on kiinnitettävä edellä mainittujen kahden artiklan lisäksi huomiota ainakin artikloihin 13 (oikeus sosiaaliavustukseen ja lääkinnälliseen apuun⁷⁴) ja 30 (oikeus suojeluun köyhyyttä ja sosiaalista syrjäytymistä vastaan). Mikkola on kuvannut artikloiden välistä suhdetta siten, että 14 artikla (oikeus sosiaalipalveluihin) on sosiaalihuollon kannalta ns. avainoikeus, jota täydentävät erityisryhmiä varten tarkoitettut artiklat kuten 23 artikla (ikääntyneiden henkilöiden oikeus sosiaaliseen suojeluun). Käytännössä komitea valvoo sopimusvaltion sosiaalipalvelujärjestelmää yleisellä tasolla 14 artiklan näkökulmasta ja ikääntyneiden palveluita 23 artiklan näkökulmasta⁷⁵.

Euroopan sosiaalisen peruskirjan 14 artikla:

Oikeus sosiaalipalveluihin

Varmistaakseen, että oikeutta sosiaalipalveluihin voidaan käyttää tehokkaalla tavalla, sopimuspuolet sitoutuvat:

1. edistämään ja järjestämään palveluja, jotka sosiaalityön menetelmiä käyttäen osaltaan edistävät yhteiskunnassa sekä yksilöiden että ryhmien hyvinvointia ja kehitystä sekä näiden sopeutumista sosiaaliseen ympäristöönsä,

⁷² Decision on the New system for the presentation of reports on the application of the European Social Charter as from 31 October 2007.

⁷³ Digest of the case law of the European committee of social rights (2008), s.16.

⁷⁴ 13 artikla viittaa ensisijaisesti tulojen ja varojen puutteesta johtuvaan tarpeeseen. Tässä tarkastelen kuitenkin erityisesti puutteellisesta toimintakyvystä / huolenpidon tarpeesta johtuvaa sosiaalihuollon tarvetta, joten 13 artiklan nimenomaiselle käsittelylle ei ole tarvetta.

⁷⁵ Digest of the case law of the European committee of social rights (2008), s.107.

2. rohkaisemaan yksilöiden ja vapaaehtois- tai muiden järjestöjen osallistumista tällaisten palvelujen järjestämiseen ja ylläpitämiseen.

ESP 14 artikla on sanamuodoltaan laaja ja sitä voidaan kuvata dynaamiseksi oikeudeksi, mikä merkitsee 14 artiklan osalta sopimusvaltioiden velvollisuutta vahvistaa ja laajentaa sosiaalipalvelujärjestelmää ajan kuluessa⁷⁶. Komitea edellyttää, että sosiaalipalveluja saavat kaikki, jotka ovat niiden tarpeessa ja oikeuden on toteuduttava sekä lainsäädännössä että käytännössä, mikä merkitsee sopimusvaltion velvollisuutta tuottaa palveluja kansalaisten tarvetta vastaavasti⁷⁷.

Peruskirjan sääntely mahdollistaa palveluiden tuottamisen julkisina, yksityisinä tai kolmannen sektorin palveluina⁷⁸. Itseasiassa ESP 14 artiklan 2 kohta nimenomaisesti vaatii sopimusvaltiota rohkaisemaan muita kuin julkisesti tuotettuja palveluita. Sopimusvaltion kansalaisilla on kuitenkin oltava tehokas ja yhdenvertainen pääsy muutoin kuin julkisesti tuotettuihin palveluihin⁷⁹. Tässä yhteydessä komitea on korostanut, että julkisten ja yksityisten palvelut on koordinoitava asianmukaisesti ja niiden valvonta täytyy järjestää siten, että kansalaisten perusoikeudet ja ihmisarvo tulevat kunnioitetuiksi⁸⁰. Komitea vaatii sopimusvaltioilta raportointijärjestelmänsä puitteissa tietoa siitä, miten yksityisesti tuotettujen palvelujen valvonta on sopimusvaltiossa järjestetty⁸¹.

ESP 14 artikla muodostaa siis yleisen kehyksen, jonka kautta sopimusvaltion sosiaalipalvelujärjestelmää tarkastellaan. Artiklan päävaatimukset liittyvät sosiaalipalvelujen järjestämiseen siten, että sosiaalipalveluja tuotetaan kansalaisten kulloisenkin tarpeen perusteella ottaen huomioon dynaaminen vaatimus palvelujärjestelmän kehittämisestä. ESP 14 artikla jättää sinänsä palvelujen tuottamistavan sopimusvaltioiden harkintaan ja jopa rohkaisee monipuoliseen palvelutuotantorakenteeseen, mutta korostaa samalla palveluiden valvonnan merkitystä.

ESP 14 artiklan suhteen ESP 23 artikla on erityisryhmää varten tarkoitettu artikla, joka määrittää ikääntyneiden henkilöiden erityistä suojaa. ESP 23 artiklan voidaan katsoa kerrostuvan suhteessa 14

⁷⁶ Conclusions I - Statement of interpretation - Article 14 sekä Harris 2001, s. 177 ja Samuel 2002, s.333.

⁷⁷ Digest of the case law of the European committee of social rights (2008), s.108. ks. myös Conclusions 2009 - Statement of interpretation - Article 14-1.

⁷⁸ Digest of the case law of the European committee of social rights 2008, s.108-109 ja Harris 2001, 179.

⁷⁹ Conclusions XX-2 - Spain - Article 14-2.

⁸⁰ Digest of the case law of the European committee of social rights (2008), s. 109.

⁸¹ esim. Samuel 2002, s. 339 ja siinä mainittu komitean oikeuskäytäntö.

artiklaan erityisesti ESP 23 artiklan 2 kohdan⁸² b alakohdan osalta, joka koskee ikääntyneille tarjottavia palveluita. ESP 23 artikla on siinä mielessä erityinen ihmisoikeus, että se on ensimmäinen nimenomaan ikääntyneen väestön suojaamiseksi tarkoitettu ihmisoikeus⁸³. Artiklan ensisijaisena tarkoituksena voidaan pitää ikääntyneiden henkilöiden pitämistä yhteiskunnan täysivaltaisina jäseninä⁸⁴.

Euroopan sosiaalisen peruskirjan 23 artikla:

Ikääntyneiden henkilöiden oikeus sosiaaliseen suojeluun

Varmistaakseen, että ikääntyneiden henkilöiden oikeutta sosiaaliseen suojeluun voidaan käyttää tehokkaalla tavalla, sopimuspuolet sitoutuvat toteuttamaan ja edistämään, joko suoraan tai yhteistyössä julkisten tai yksityisten järjestöjen kanssa, asianmukaisia toimia, joiden tarkoituksena on erityisesti:

— tehdä ikääntyville henkilöille mahdolliseksi pysyä yhteiskunnan täysipainoisina jäseninä mahdollisimman pitkään

a) riittävien voimavarojen avulla, jotka mahdollistavat sen, että he voivat viettää tyydyttävää elämää ja osallistua aktiivisesti julkiseen, sosiaaliseen ja kulttuurielämään,

b) antamalla ikääntyneille henkilöille tietoa heidän käytettävissään olevista palveluista ja heidän mahdollisuuksistaan käyttää niitä,

— antaa ikääntyneille henkilöille mahdollisuus valita vapaasti elämäntapansa ja viettää itsenäistä elämää tutussa ympäristössään niin kauan kuin he itse haluavat ja ovat siihen kykeneviä:

a) huolehtimalla heidän tarpeitaan sekä terveydentilaansa vastaavien asuntojen tai riittävien asumisen tukipalvelujen saatavuudesta,

b) tarjoamalla heidän tilansa vaatimia terveydenhuolto- ja muita julkisia palveluja,

— taata laitoksissa asuville ikääntyneille henkilöille asianmukainen tuki, kunnioittaen heidän yksityisyyttään, ja mahdollisuus osallistua elinolosuhteitaan laitoksessa koskevaan päätöksentekoon.

ESP 14 artiklan tavoin myös ESP 23 artiklaa voidaan luonnehtia laajaksi ja sitä on myös komitean käytännön perusteella pidettävä dynaamisena oikeutena⁸⁵. ESP 23 artiklan 1 kohdan a alakohta viittaa komitean oikeuskäytännön perusteella lähinnä eläkejärjestelmään ja sen sijaan palvelujärjestelmää arvioidaan ESP 23 artiklan 1 kohdan b alakohdan ja 2 kohdan a ja b alakohtien perusteella⁸⁶. Ikääntyneen henkilön kotiin annettavien sosiaalihuollon palveluiden näkökulmasta erityisen olennainen on ESP 23 artiklan tavoite mahdollistaa ikääntyneiden henkilöiden vapaus

⁸² ESP 23 artikla ei ole numeroitu, mutta seuraan viittaustekniikassa esimerkiksi Mikkolan 2014 käyttämää viittaustekniikkaa, jolloin ESP 23 artiklan 2 kohdalla tarkoitetaan artiklan toista ranskalaista viivaa.

⁸³ Digest of the case law of the European committee of social rights (2008), s. 147.

⁸⁴ Digest of the case law of the European committee of social rights (2008), s. 147.

⁸⁵ Harris 2001, s. 250 ja Samuel 2002, s. 457.

⁸⁶ Digest of the case law of the European committee of social rights (2008), s. 148 ja esim. Conclusions 2013 - Statement of interpretation - Article 23.

valita elämäntapansa ja viettää itsenäistä elämää tutusta ympäristössä niin kauan kuin he itse haluavat ja ovat siihen kykeneviä. Vaikka sopimusvaltioille katsottaisiin jääneen oikeus päättää miten artiklan tavoitteet toteutetaan käytännössä⁸⁷, voidaan argumentoida, että tavoitteen tehokas toteutuminen edellyttää tosiasiallisesti kotiin tuotettujen sosiaalihuollon palveluiden suhteellisen laajamittaista järjestämistä, jos iso osa ikääntyneistä henkilöistä haluaa asua kotona.

Vaikka ESP 23 artiklan 1 kohdan b alakohdassa on kyse ensisilmäykseltä informointivelvollisuudesta, mutta komitea on todennut, että se olettaa sopimusvaltioilla olevan niitä palveluja, joihin informointivelvollisuus kohdistuu⁸⁸. Tämä on luontevaa ottaen huomioon ESP 14 artiklan vaatimukset. Komitea on korostanut informaatiovelvollisuuden suhdetta nimenomaisesti kotiin järjestettyjen palveluiden osalta⁸⁹. Informointivelvollisuuteen liittyvät ongelmat korostunevat erityisesti ikääntyneiden henkilöiden kohdalla, joiden toimintakyky on heikentynyt kielellisen ymmärtämisen osalta tai jos ikääntyneen henkilöön kielitaito ei vastaa muutoin informoinnissa käytettyä kieltä⁹⁰.

ESP 23 artiklan 2 kohdan a alakohta vaatii muun muassa asumisen tukipalveluiden järjestämistä siten, että ikääntyneet henkilöt voisivat asua kotonaan niin pitkään kuin mahdollista⁹¹. Sopimuksen englannin kielisen version perusteella on pääteltävissä, että a alakohta edellyttää tarvittaessa myös kodin fyysisiä muutostöitä asumisen turvaamiseksi⁹² eikä vain asumisen tukipalveluita, mitä suomenkielisen sopimustekstin perusteella voisi tulkita⁹³. Saman artiklan 2 kohdan b alakohdassa edellytetään riittäviä terveydenhuoltopalveluja ja muita palveluja, joilla turvataan ikääntyneen henkilön mahdollisuutta itsenäiseen elämään tutussa ympäristössä. Komitea on korostanut terveydenhuollon palveluihin kuuluvan myös erityisesti ikääntyneille henkilöille suunnatut kotiin järjestettävät terveydenhuollon palvelut mukaan lukien mielenterveyspalvelut. ESP 23 artiklan voidaan katsoa tässä mielessä menevän pidemmälle kuin mitä yksin ESP 14 artikla edellyttää⁹⁴.

⁸⁷ Mikkola 2014 s. 55.

⁸⁸ Digest of the case law of the European committee of social rights (2008), s. 148: "Although Article 23§1b only refers to the provision of information about services and facilities, the Committee considers that 1§b of Article 23 presupposes the existence of services and facilities and that elderly persons have the right to certain services and facilities."

⁸⁹ Digest of the case law of the European committee of social rights (2008), s.148

⁹⁰ Mikkola 2014 s. 59 riittävästä informaatiosta suhteessa ESP 23 artiklaan.

⁹¹ Digest of the case law of the European committee of social rights (2008), s. 149.

⁹² myös esim. Harris 2001, s. 547.

⁹³ ESP O artiklan mukaan sopimuksen englannin- ja ranskankieliset versiot ovat todistusvoimaisia.

⁹⁴ Mikkola 2014, s.61.

Tässä yhteydessä on korostettava, että artikla suojaa ikääntyneen henkilön valinnan mahdollisuutta ottaen huomioon myös sen tosiasian, että ikääntyneen henkilön huolenpidon tarve voi edellyttää myös muuta kuin kotiin järjestettyä palvelua. Kansallisten sosiaalihuollon päätöksentekijöiden vastuulla on arvioida yksittäistapauksissa ikääntyneen henkilön kykyä asua itsenäisesti kotiin annettavien sosiaalihuollon palveluiden tuella. Tässä arvioinnissa tulisi ottaa huomioon myös ESP:n muut vaatimukset, kuten henkilön oikeus kiireelliseen sosiaali- ja terveydenhuoltoon (ESP 11, 13 ja 14 artiklat).⁹⁵ Ikääntyneen henkilön toimintakyky tai terveydentila voivat olla sellaisia, että käytännössä ihmisarvon mukaisia olosuhteita, joissa esimerkiksi oikeus kiireelliseen terveydenhuoltoon toteutuisi, ei voida kohtuullisesti järjestää muutoin kuin laitosmaisissa olosuhteissa.

Edelleen on huomattava, että sopimusvaltiot ovat voineet järjestää ikääntyneiden henkilöiden sosiaalihuoltojärjestelmän siten, että selvä jako laitoshuoltoon ja kotiin järjestettyihin palveluihin on käytännössä hankalaa. Esimerkiksi palvelu voidaan järjestää Suomessa siten, että ikääntynyt henkilö vuokraa itse palvelutalosta huoneen, johon hänelle erikseen järjestetään asumisen tukipalveluita. Samaan aikaan osa palvelutalon muista asiakkaista saattaa olla osoitettuna palvelutaloon varsinaisella tehostetun palveluasumisen⁹⁶ päätöksellä, johon kuuluu oma palvelukokonaisuutensa. Toisaalta intensiivinen, ympärivuorokautisesti ja myös viikonloppuisin kotiin järjestettävä säännöllinen ja jatkuva kotihoito on lisääntynyt, jolloin kodin olosuhteet voivat alkaa muistuttamaan kodinomaisia laitososuhteita.⁹⁷ Myös erilaiset vuoroasumisen muodot, joissa ikääntynyt henkilö asuu osan ajasta laitoksessa ja osan kodissaan ovat mahdollisia.

Edellä sanotun kannalta on huomattava, että ESP 23 artiklan 3 kohta suojaa sanamuotonsa mukaan ikääntyneitä henkilöitä, jotka asuvat laitoksissa (”living in institutions”). Mikkola näyttäisi kuitenkin tulkitsevan, että artiklan tarkoituksena on suojata niitä ikääntyneitä henkilöitä, jotka ovat ympärivuorokautisessa hoidossa ja näin ollen artiklaa sovellettaisiin myös kotiin järjestettyyn ympärivuorokautiseen huoltoon tai sellaiseen palvelukokonaisuuteen, jossa ympärivuorokautinen hoito on järjestetty osaksi kodissa ja osaksi esimerkiksi päivätoimintana laitoksessa⁹⁸. Artiklan 3 kohdan tarkoituksena on turvata laitoksessa asuvien sellaisia perustavanlaatuisia oikeuksia kuten

⁹⁵ Arvioimisesta esim. Mikkola 2010 s. 548.

⁹⁶ Sosiaalihuoltolaki (1301/2014) 21 §.

⁹⁷ Kotihoidon käyntien lukumäärä ei aina perustu hoivan tarpeeseen. THL. Elokuu 2017 (s.4): ”Iäkkäiden palvelujen tavoitteena on, että kotona voi asua mahdollisimman pitkään. Tämä edellyttää, että kotiin voi saada myös intensiivistä kotihoitoa. Intensiivinen kotihoito on lisääntynyt vuosien 2010 ja 2016 välillä kaikissa maakunnissa.”

⁹⁸ Mikkola 2014, s. 63.

oikeus yksityisyyteen, oikeus henkilökohtaiseen arvoon ("right to personal dignity"), osallistumisoikeudet ja oikeus ylläpitää läheisiä ihmissuhteita tai oikeus valittaa saamastaan hoidosta. Edellä mainittuja oikeuksia voidaan pitää läheisesti ihmisarvon kunnioittamiseen palautuvina oikeuksina, jotka kuuluvat ikääntyneelle henkilölle riippumatta siitä, onko ympärivuorokautinen hoito järjestetty hänen kodissaan vai laitoksessa. Olennaista lienee se, että ikääntynyt henkilö on ympärivuorokautisessa hoidossa jatkuvasti riippuvainen muista henkilöistä, jolloin häntä on perusteltua suojata erityisellä tavalla.

Euroopan sosiaalisen peruskirjan 14 ja 23 artikloiden tulkinta ja systematisointi osoittaa ihmisoikeustasoisien legitimitietin ikääntyneen kotona annettavan huolenpidon toteuttamiselle. Euroopan sosiaalisessa peruskirjassa on kyse sosiaalisista oikeuksista, joiden tulkinta ja argumentointi edellyttää dynaamista tavoiterationaalista soveltamista. Tämä heijastaa hyvinvointivalttiollista oikeusjärjestystä, jossa oikeutta käytetään sosiaalipoliittisten tavoitteiden kuten ikääntyneen väestön huolenpidon toteuttamiseen. Seuraavaksi selvitän tiiviisti Euroopan ihmisoikeussopimuksen merkitystä peruskirjan sosiaalisten oikeuksien tulkinnassa.

3.1.2 Peruskirjan tulkinta yhdessä Euroopan ihmisoikeussopimuksen kanssa

Euroopan ihmisoikeussopimus ja Euroopan sosiaalinen peruskirja suojaavat osittain samoja oikeuksia ja niiden välille muodostuukin eräiltä osin kiinteä yhteys. Euroopan ihmisoikeussopimuksella on merkitystä arvioitaessa peruskirjan artikloita. ESP 23 artiklan 3 kohta liittyy ihmisarvoisen hoivan suojan osalta EIS 2 artiklan (oikeus elämään) ja 3 artiklan (kidutuksen, epäinhimillisen ja halventavan kohtelun kielto).⁹⁹ Vaikka Euroopan ihmisoikeussopimusta voidaan luonnehtia kansalais-poliittisia vapausoikeuksia suojaavaksi ihmisoikeussopimukseksi, on osalla sopimuksen artikloista, kuten EIS 2 ja 3 artikloilla, ydinalueensa lisäksi myös suora sosiaalinen ulottuvuutensa, joka asettaa valtioille positiivisia toimintavelvoitteita¹⁰⁰. EIS 2 artikla muodostaa valtioille positiivisen suojaamisvelvoitteen elämää kohtaan, jota on arvioitu muun muassa suhteessa terveydenhuollon henkilökunnan toimintaan¹⁰¹. Näyttäisi siltä, että vaikka Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on korostanut sairaalaolosuhteisiin liittyvissä kuolemantapauksissa potilaita suojaavien toimenpiteiden ja tehokkaan

⁹⁹ Mikkola toteaa, että komitea ei ole luonut yleisiä kriteerejä ikäihmisten hyväksikäytön ja kaltoin kohtelun poistamiseksi, mikä "kääntää katseen" ihmisoikeussopimukseen Mikkola 2017, s. 49.

¹⁰⁰ European Court of Human Rights factsheet on article 2 (2013), s.3 ja siinä viitatus tapaukset.

¹⁰¹ esim. Erikson v. Italy (1999) ja Powell v. the United Kingdom (2000).

oikeussuojajärjestelmän merkitystä¹⁰², itse terveydenhuoltopalvelun laatuun liittyvät seikat eivät kovin helposti muodosta EIS 2 artiklan laiminlyöntiä¹⁰³. Sosiaalihuollon palvelut jäävät pääsääntöisesti kokonaan artiklan suoran soveltamisen ulkopuolelle ainakin siltä osin kuin laiminlyönti perustuu suoraan jonkin palvelun tai etuuden myöntämättä jättämiseen¹⁰⁴.

Toisaalta ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännöstä voitaisiin ymmärtää sellainen yleinen linja, jonka perusteella viranomaisen laiminlyö EIS 2 artiklan mukaisen velvollisuutensa, jos viranomaisella on tiedossaan tai sen olisi pitänyt tietää henkilön elämää vakavasti uhkaava seikka, mutta viranomaisen ei suhteellisuusperiaate huomioon ottaen tee tarvittavia toimenpiteitä kuten informoi tai suojaa henkilöä¹⁰⁵. Näin voisi periaatteessa tapahtua, jos ikääntyneen henkilön kotiin ympärivuorokautisesti järjestetystä sosiaalihuollosta vastaavalla viranomaisella olisi tiedossaan esimerkiksi hoitotyötä tekevän työntekijän tai ikääntyneen henkilön omaisen hengenvaarallinen väkivaltainen käyttäytyminen ikääntyntä henkilöä kohtaan eikä sosiaalihuollosta vastaava viranomaisen ilmoittaisi asiasta poliisiviranomaiselle tai vaihtaisi työntekijää.¹⁰⁶ Tällaisesta tapauksesta ei kuitenkaan ole ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuja.

EIS 3 artikla sisältää epäinhimillisen ja halventavan kohtelun kiellon, jota voidaan soveltaa tilanteissa, joissa kohtelu ei ylitä artiklan kieltämää kidutuksen määritelmää, mutta on silti luonteeltaan epäinhimillistä tai ihmisarvoa alentavaa¹⁰⁷. Arvioidessaan artiklan soveltamisen edellytyksenä olevaa toiminnan vakavuuden vähimmäistasoa, EIT kiinnittää huomiota toiminnan kestoon, toiminnan fyysisiin ja henkisiin vaikutuksiin sekä uhrin sukupuoleen, ikään ja uhrin terveydentilaan¹⁰⁸. Ihmisoikeustuomioistuin on arvioinut epäinhimillisen kohtelun kieltoa useassa

¹⁰² Calvelli and Ciglio v. Italy (2002).

¹⁰³ Kypros v. Turkki (2001).

¹⁰⁴ Pellonpää ym. 2012, s. 322-323.

¹⁰⁵ European Court of Human Rights factsheet on article 2 (2013), s.3 ja siinä viitattut tapaukset. Esim. Kemaloglu v. Turkki (2012) viranomaisen informointivelvollisuudesta suhteessa lapsen kuolemaan koulumatkalla lumimyrskyn vuoksi: "The Court reiterated that not every risk to life obliged the authorities to take operational measures to prevent that risk from materialising. Nevertheless, in Atalay's case, by neglecting to inform the municipality's shuttle service about the early closure of the school, the Turkish authorities had failed to take measures which might have avoided a risk to his life." vrt. Berü v. Turkey (2012), jossa ei todettu laiminlyöntiä lapsen kuoltua vaaralliseksi tiedettyjen koirien vuoksi: "The Court observed that a series of incidents had already taken place before the fatal attack (villagers and a gendarme injured, cattle killed, etc.). However, in the Court's view, those factors were not sufficient for it to find that the authorities had a "positive obligation" to take preventive measures. There was no evidence in the file that the authorities knew or should have known that there was an immediate risk to Gazal's life because of a few stray dogs outside the village. The incident, admittedly a tragic one, had in reality happened by chance and Turkey's responsibility could not therefore be engaged without extending that responsibility in an excessive manner.

¹⁰⁶ Mikkola toteaa, että EIS 3 artikla voisi tulla sovellettavaksi myös, jos hoidon laiminlyönti on vakavaa Mikkola 2017, s. 60.

¹⁰⁷ Reidy 2002, s. 16. Ks. kidutuksen, epäinhimillisen kohtelun ja halventavan kohtelun käsitteiden eroista myös esim. Pellonpää ym. 2012, s. 348, 351 ja 359.

¹⁰⁸ esim. Long 2002 tiivistettynä, s. 24-25.

tapauksessa suhteessa vankilaolosuhteisiin ja hoidon laiminlyöntiin¹⁰⁹ sekä toisaalta lasten kohteluun¹¹⁰. Myös ikääntyneiden henkilöiden kohdalla EIS 3 artikla asettaa vähimmäistason ihmisarvoiselle elämälle, jota ei voida alittaa ikääntyneen henkilön hoitoa järjestettäessä¹¹¹. EIT:n oikeuskäytännön perusteella ei kuitenkaan ole vielä tässä vaiheessa mahdollista määrittää, että minkälaisissa olosuhteissa konkreettisesti alitetaan ikääntyneiden henkilöiden ihmisarvoisen kohtelun raja suhteessa ikääntyneiden henkilöiden sosiaalihuoltoon¹¹².

EIS:n suoran soveltamisen sijaan on korostettava EIS 2 ja 3 artiklan systemaattista suhdetta ESP 23 artiklaan, jolla suojataan myös ikääntyneen henkilön ihmisarvoista kohtelua. Nähdäkseni EIS:n yleinen vaatimus ihmisarvoisesta kohtelusta tukee edellä mainittua Mikkolan ESP 23 artiklan 3 kohdan laajentavaa tulkintaa suhteessa instituution käsitteeseen. Voidaan itseasiassa mennä pidemmällekin ja argumentoida, että kaikessa kotiin järjestetyssä ikääntyneiden henkilöiden sosiaalihuollossa on otettava huomioon ainakin ihmisarvoiseen kohteluun liittyvät minimivaatimukset¹¹³, jotka saavat sisältönsä EIS 2 ja 3 artiklojen ohella ESP 23 artiklasta ja erityisesti sen 3 kohtaa koskevista komitean tulkinnoista. Käytännössä tämä taso ei ole oikeuskäytännön perusteella vielä selvä konkreettisella tosiseikkatasolla oikeudellisen tulkinnan näkökulmasta, vaan kyse on pikemminkin ihmisoikeussuojan teoreettisesta minimitasosta, jonka päälle rakentuu ESP 14 artiklan sekä erityisesti 23 artiklan 1 ja 2 kohtien kohtien dynaaminen suoja.

ESP 14 artiklan mukaisesti komitea on jättänyt 23 artiklankin osalta sopimusvaltion harkintaan sen miten ikääntyneitä henkilöitä koskevat sosiaalipalvelut tuotetaan¹¹⁴, mutta yksityisesti tuotettuihin palveluihin liittyy korostunut valvonta- ja järjestämisvastuu¹¹⁵. Komitea on korostanut, ettei

¹⁰⁹ Pellonpää ym. 2012, s. 357 ja siinä viitatus tapaukset.

¹¹⁰ Mikkola 2014, s. 25.

¹¹¹ Mikkola 2014, s. 25.

¹¹² Mikkola 2014, s. 26.

¹¹³ Tällaisessa tulkintamallissa ihmisoikeusvelvoitteiden taso kasvaisi sitä mukaan kuin ikääntynyt henkilö tulee riippuvaiseksi palvelusta.

¹¹⁴ Conclusions XVII-2 - Finland - Article 4 of the 1988 Additional Protocol: "Responsibility for organising social and health services for the elderly lies with the municipalities which may decide at their discretion to which extent they provide these services. However, they are under a statutory obligation to allocate resources for organising services for the elderly providing basic care to all their inhabitants irrespective of their social position.

Municipalities may provide the services themselves but may also purchase them from other public providers such as municipal federations or from private service providers. The Committee notes that in any case municipalities must ensure that the standard of the social and health services provided must meet the standard requirements applying to municipal services. When purchasing services from a private provider, the municipality must further ensure that the costs to be borne by clients are the same as for the corresponding municipal services. The Committee wishes to know what proportion of costs for services is to be borne by the elderly person itself."

¹¹⁵ esim. Conclusions XVI-2 - Denmark - Article 4 of the 1988 Additional Protocol ja Conclusions 2007 - Finland - Article 23.

yksityisen omavalvonta riittä, vaan sen lisäksi julkisen on valvottava järjestämäänsä palvelua¹¹⁶. Komiteaa tunnistaa ikääntyneiden henkilöiden haavoittuvan aseman kansainvälisesti ja korostaa, että ikääntyneet henkilöt joutuvat laiminlyöntien ja hyväksikäytön uhreiksi¹¹⁷. Erityisesti komitea on kiinnittänyt huomiotaan ikääntyneiden henkilöiden sisällä oleviin erityisen haavoittuviin ryhmiin kuten Alzheimerin tautia tai muutoin dementiaa sairastaviin ikääntyviin henkilöihin¹¹⁸. Tältä osin ESP 23 artikla liittyy erityisesti yhteen EIS:n 2 ja 3 artiklan antaman suojan kanssa.

Edellä olen tulkinnut ja systematisoinut ikääntyneiden henkilöiden kotiin annettavaa huolenpitoa koskevaa suojaa Euroopan sosiaalisen peruskirjan näkökulmasta. Euroopan sosiaalinen peruskirja näyttäisi edellyttävän kirjoitetun lain tasolla (*law in books*) varsin kattavaa kotiin annettavia palveluja koskevaa sosiaalihuollon järjestelmää ja jopa varsin tiukkoja vaatimuksia suojan vähimmäistasolle ottaen erityisesti huomioon Euroopan ihmisoikeussopimuksen tulkintavaikutuksen peruskirjan tulkinnassa. Seuraavaksi tarkastelen vielä, kuinka peruskirjaa on sovellettu yksittäistapauksissa Euroopan sosiaalisten oikeuksien komitean valvontakäytännössä. Käytännön oikeuselämän tarkastelun kautta on mahdollista päästä käsiksi konkreettisemmin sosiaalisten ihmisoikeuksien ”dynaamisuuteen” ja muihin niiden soveltamisessa huomioitaviin seikkoihin.

3.1.3 Sosiaalisten ihmisoikeuksien soveltamisesta käytännössä: Euroopan sosiaalisten oikeuksien komitean järjestökantelutapaukset

Euroopan sosiaalisten oikeuksien komitea on ratkaissut vain muutaman ESP 14 ja 23 artiklaan liittyvän järjestökantelun¹¹⁹. Komitean funktio voidaan jakaa 1) valvontafunktioon ja 2) kehittämisfunktioon tai oikeutta luovaan funktio¹²⁰. Järjestökantelutapaukset havainnollistavat mielenkiintoisella tavalla, kuinka komitea käytännössä soveltaa lainkäyttötyyppisessä kontekstissa peruskirjan oikeuksia. Komitean ratkaisut osoittavat komitean omaksumaa tulkintametodia, joka tulisi ottaa huomioon systematisoitaessa peruskirjan tulkintaa ja soveltamista kansallisella hallintotasolla.

¹¹⁶ Conclusions XVII-2 - Spain - Article 4 of the 1988 Additional Protocol.

¹¹⁷ esim. Conclusions XX-2 - Spain - Article 4 of the 1988 Additional Protocol ja Conclusions XX-2 - Denmark - Article 4 of the 1988 Additional Protocol.

¹¹⁸ esim. Conclusions 2013 - Portugal - Article 23.

¹¹⁹ Tässä käsiteltyjen lisäksi Complaint No. 42/2007 by the International Federation of Human Rights Leagues (IFHR) against Ireland, jossa ei todettu rikotun ESP 23 artiklaa.

¹²⁰ Mikkola 2001, s. 112.

International Federation of Human Rights (FIDH) v. Belgium, complaint No. 75/2011

Ensimmäisessä tapauksessa ei ole kyse suoraan ikääntyneiden henkilöiden palvelujärjestelmästä, mutta tapaus osoittaa havainnollisesti sosiaalisten oikeuksien soveltamistapaa, joka voidaan ottaa huomioon myös arvioitaessa ikääntyneiden henkilöiden huolenpidon toteuttamista. Belgiaa koskevassa tapauksessa oli kyse vammaisten henkilöiden oikeudesta yhdenvertaisiin ja tehokkaisiin sosiaalipalveluihin suhteessa ESP 14 artiklaan. Komitea toteaa tapauksen perusteluissa, että valtion harkintaan sinänsä jää mitkä sosiaalipalvelut vastaavat parhaiten vakavasti vammaisten henkilöiden tarpeisiin, mutta samalla palveluiden moninaisuus kuuluu ESP 14 artiklan ydinelementteihin¹²¹. Komitea totesi, että sen on vaikea arvioida tarpeen mukaisten palvelujen riittävyyttä ja vastaavuutta tapauksen tietojen perusteella¹²². Lopulta komitea päätyikin perustelemaan ikään kuin välillisesti ESP 14 artiklan rikkomista sillä perusteella, että useat vammaiset henkilöt joutuvat jonottamaan liian pitkiä aikoja hakemaansa palvelua, minkä se katsoi kertovan siitä, ettei palvelun tuotanto vastannut vammaisten henkilöiden tarpeita¹²³. Näin ollen vammaisille henkilöille ei oltu varmistettu yhdenvertaista ja tehokasta pääsyä sosiaalipalveluihin ESP 14 artiklan edellyttämällä tavalla.

Tapauksessa komitea käsitteli Belgian valtion vastaväitteitä mielenkiintoisella tavalla suhteessa dynaamisten oikeuksien soveltamiseen. Komitea näyttäisi katsovan, että kun valtion tiedossa sinänsä on ollut suhteellisen pitkän aikaa vammaisten henkilöiden tilanne, eikä valtio ole pystynyt näyttämään tehneensä riittäviä toimenpiteitä tilanteen parantamiseksi, ei valtio voi vedota vastaperusteena taloudelliseen tilanteeseen tai palvelun tarpeen kasvuun¹²⁴. Komitea katsoo ESP 14 artiklan vaativan, että valtiot toteuttavat lopulta tehokkaat toimenpiteet, joilla artiklan tavoitteet toteutuvat, vaikka artikla ei edellytäkään välittömästi tiettyä palvelutasoa¹²⁵.

Joulukuussa 2015 komitea totesi, ettei tilanne ole vielä sopusoinnussa ESP 14 artiklan kanssa, vaikka Belgian valtio olikin tehnyt tilannetta edistäneitä toimia¹²⁶. Tässä suhteessa on todettava, että komitea arvioi myös valtioiden ESP:n tavoitteita edistäviä toimenpiteitä johdonmukaisesti siinä mielessä, että yksittäiset lainsäädäntötoimet tai budjettilisäykset eivät yksinään saata tilannetta

¹²¹ Complaint No. 75/2011 kohta 121 ja 122.

¹²² Complaint No. 75/2011 kohta 125.

¹²³ Complaint No. 75/2011 kohta 138.

¹²⁴ Complaint No. 75/2011 kohta 147-151.

¹²⁵ Complaint No. 75/2011 kohta 145.

¹²⁶ Assessment of the follow-up: International Federation of Human Rights (FIDH) v. Belgium, Collective Complaint No. 75/2011.

sopusointuun ESP:n kanssa, vaan komitea arvioi tosiasiallisesti vammaisten oikeuksien tilannetta ja otti huomioon sen kuinka moni henkilö joutuu edelleen jonottamaan palvelua¹²⁷, mikä viestii komitean mukaan palvelun tarpeen ja tuotannon vastaavuudesta.

The Central Association of Carers in Finland v. Finland, complaint No. 70/2011 ja 71/2011

Seuraavat kaksi tapausta koskevat nimenomaan ikääntyneiden henkilöiden palvelujärjestelmää ja sen lisäksi niillä on suora yhteys Suomen kansalliseen sosiaalihuoltojärjestelmään. Kahdessa Suomea koskevassa tapauksessa oli kyse omaishoidon tuen järjestämisestä (Complaint No. 70/2011) ja palveluasumisen asiakasmaksuista (Complaint No. 71/2011). Molemmissa tapauksissa Suomen valtiolla oli vaikeuksia näyttää palvelujärjestelmänsä olevan yhdenmukainen ESP 14 ja 23 artiklan kanssa. Ongelmaksi muodostui sen osoittaminen, että palvelu vastaa ikääntyneiden henkilöiden tarpeisiin järjestelmässä, jossa kunnan yleiseen järjestämisvelvollisuuteen perustuva määrärahasidonnainen palvelu on tuotettu hajautetussa järjestämisrakenteessa ja kunnalla on laaja harkintavalta palvelun maksun määräytymisestä. Valtion pitäisi pystyä osoittamaan, että palvelun taso on riittävä ja vastaa tarvetta, mutta se voi olla hankalaa, jos valtio ei valvo ja kerää tarpeeksi tietoa systemaattisesti alemmilta järjestämisportailta eli tässä tapauksessa kunnilta. Lisäksi on huomattava, että komitean tekemässä valvonnassa tiedon ja valvonnan suhteella näyttäisi olevan erityinen merkitys. Komitean valvontaa leimaa raportointimenettelyn osalta runsas tietojen pyytäminen sopimusvaltioilta¹²⁸, minkä voidaan katsoa olevan välttämätöntä ottaen huomioon artiklojen dynaaminen luonne. Komitea on voinut katsoa jo yksinään sopimusvaltion raportointimenettelyssä toimitettujen puutteellisten tietojen perusteella, että sopimusvaltion tilanne ei ole sopusoinnussa peruskirjassa turvattujen oikeuksien kanssa¹²⁹.

Komitea totesi molemmissa tapauksissa lähtökohtana yleisten kansainvälisen oikeuden tulkintaperiaatteiden mukaisesti, että valtiot voivat delegoida velvoitteitaan alemmille tasoille,

¹²⁷ Assessment of the follow-up: International Federation of Human Rights (FIDH) v. Belgium, Collective Complaint No. 75/201,1 s.3: "With regard to the Flemish Region, the Committee considers that progress has been made towards ensuring that highly dependent adults with disabilities have equal and effective access to welfare services. However, not all of the measures envisaged have been adopted to date and 63% of persons with disabilities are still awaiting a solution. The Committee asks that the information on the follow-up given to decisions that will be submitted in October 2017 indicate the percentage of highly dependent adults with disabilities who have access to welfare services. The Committee will therefore assess the situation on the basis of this information."

¹²⁸ ks. De Schutter 2010, s. 36.

¹²⁹ esim. Conclusions XX2 – Spain – Article 14-2, Conclusions 2013 – Belgia – Article-14-1, Conclusions 2013 - Italy - Article 23, Conclusions 2013 - Ireland - Article 14-1 ja Conclusions 2013 - Malta - Article 23, jossa on nimenomaisesti todettu johtopäätöksenä: "Pending receipt of the information requested, the Committee concludes that the situation in Malta is in conformity with Article 23 of the Charter."

mutta kansainväliset sopimusvelvoitteet koskevat delegoinnista huolimatta valtiota ja kaikkia valtion orgaaneja mukaan lukien paikallisviranomaiset¹³⁰. Komitea totesi aikaisempaan valvontakäytäntöönsä perustuen, ettei se vaadi täysin samaa palvelun tasoa kaikkialla valtiossa, mutta kohtelun on silti oltava kohtuullisen yhdenmukainen (”a reasonable uniformity of treatment”)¹³¹. Komitea totesi johtopäätöksinään omaishoidon tukea koskevassa asiassa Complaint No. 70/2011, että palvelujen epäyhdenmukaisuus ei sinänsä riko ESP 23 artiklaa, mutta se tosiasia, että lainsäädäntö mahdollistaa kuntien käytännöt evätä palvelujen tarpeessa olevilta pääsy omaishoidon tuen piiriin rikkoo ESP 23 artiklaa. Asiassa Complaint No. 71/2011 komitea totesi suoraan, että Suomen asiakasmaksuja koskeva lainsäädäntö ei ollut riittävää ottaen huomioon, että kunnilla on laaja harkintavalta maksun määräämisessä, mikä edelleen voi johtaa siihen, ettei jokainen palvelun tarpeessa oleva saa tarvitsemaansa palvelua.

Molemmat Suomea koskevat tapaukset ovat hyviä esimerkkejä dynaamisten sosiaalisten oikeuksien luonteesta ja niiden tulkinnasta käytännössä. Komitean tulkinnassa korostuivat tosiasialliset näkökohdat suhteessa artiklojen taustalla olevaan tavoitteeseen eli palvelun toteuttamiseen ikääntyneiden henkilöiden tarpeiden perusteella. Suomen tapauksessa kunnille jätetty harkintavalta epätasomallisen lainsäädännön kanssa mahdollisti sen, että tosiasiallisesti palvelua ei myönnettäisi ikääntyneiden henkilön tarpeiden perusteella tai kuntien oli ainakin mahdollista maksupolitiikallaan estää palvelun tarpeessa olevien ikääntyneiden henkilöiden tehokas palveluun pääsy, mikä ei ollut ESP 23 ja 14 artiklan mukaista. Tapaukset osoittavat kuinka käytännössä viranomaisen harkintavaltaan ja sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien toteutumiseen liittyvät kysymykset kytkeytyvät toisiinsa. Ne paljastavat myös keskeiset järjestelmätason ongelmat, jotka vaikuttavat ikääntyneiden henkilöiden puutteellisen huolenpidon toteuttamiseen Suomen kansallisessa järjestelmässä.

Tällä hetkellä komitea katsoo, että Suomi on tehnyt parannuksia muun muassa uuden sosiaalihuoltolain (1301/2014), vanhuspalvelulain (980/2012) säätämisen ja määrärahoihin liittyvien toimenpiteiden (vuosi 2013) perusteella, mutta komitea ei ole vielä todennut tilanteen olevan sopusoinnussa ESP 23 artiklan kanssa¹³². Voidaankin Mattilan tavoin todeta, että kyseessä on rakenteellinen ongelma hajautetun palvelujärjestelmän ja peruskirjan velvoitteiden välillä, jota

¹³⁰ Complaint No. 71/2011 kohta 45-46 ja Complaint No. 70/2011 kohta 55.

¹³¹ Complaint No. 70/2011 kohta 58.

¹³² Assessment of the follow-up: The Central Association of Carers in Finland v. Finland, Collective Complaint No. 71/2011 ja Assessment of the follow-up: The Central Association of Carers in Finland v. Finland, Collective Complaint No. 70/2011, January 2016.

voi olla vaikea yhteensovittaa ottaen erityisesti huomioon, että kyse on kiinteästi paikallistason poliittisessa ohjauksessa olevien kuntien taloudelliseen valtaan liittyvästä ongelmasta¹³³.

3.2 Suomen perustuslaki ja oikeus huolenpitoon

Seuraavaksi tarkastelen edellä tehtyyn systematisointiin nähden samansuuntaisesti, kuinka Suomen valtiosääntöisellä tasolla ikääntyneiden kotiin annettavat palvelut on suojattu Suomen perustuslaissa. Näkökulma liikaa siten askeleen lähemmäksi Suomen kansallista viranomaistasoa ja sosiaalihuoltojärjestelmää, mutta tarkoitukseni on edelleen ensisijaisesti systematisoida ikääntyneiden henkilöiden kotiin annettavan huolenpidon suojaa ikään kuin tavallinen lainsäädäntö ylittäen, jotta huolenpidon oikeudellista toteutumista voidaan arvioida myöhemmin monitasoisesti, tarkasti ja kriittisesti osana viranomaisharkintaa. Perusoikeuksiin siirryttäessä käsittely laajenee koskemaan myös subjektiivisen oikeuden käsitettä, joka toimii tutkielman myöhemmässä vaiheessa eräänlaisena peilinä tai apukäsitteenä viranomaisharkinnan laajuutta arvioitaessa. Samalla pyrin ottamaan käsittelyssä huomioon perusoikeuksien ihmisoikeusmyönteisen tulkinnan, jotta ikääntyneiden kotiin annettavan huolenpidon suojasta hahmottuisi perus- ja ihmisoikeudellinen kokonaisuus.

Sosiaalisten ihmisoikeuksien tavoin myös sosiaaliset perusoikeudet voidaan hahmottaa siten, että taloudelliset, sosiaaliset ja sivistykselliset oikeudet muodostavat yhden osa-alueen sekä suhteessa perusoikeuksien sukupolvijaotteluun että sisällölliseen erotteluun¹³⁴. Tuori ja Arajärvi ovat todenneet perusoikeuksien kokonaisuuden näkökulmasta keskenään samansuuntaisesti, että TSS-oikeudet kiinnittyvät perustuslain arvoperustan osalta ihmisarvon ja oikeudenmukaisuuden käsitteisiin ja TSS-oikeuksien voidaan katsoa mahdollistavan sellaiset yhteiskunnalliset olosuhteet, joissa vapausoikeuksien käyttäminen on mahdollista¹³⁵. Edellä sanottu huomioon ottaen on mielenkiintoista, että TSS-oikeudet lisättiin Suomen valtiosääntöön vasta vuoden 1995 perusoikeusuudistuksen yhteydessä¹³⁶, mihin vaikutti suurelta osin kansainvälisten

¹³³ Mattila 2017, s.76 ja s. 87-88.

¹³⁴ Perusoikeuksien sukupolvijaottelusta ja sisällöllisestä erottelusta esim. Karapuu 2011, s. 69-74.

¹³⁵ Tuori 2011, s.712 ja Arajärvi 2017, artikkelin luku 3.1. Myös HE 309/1993 vp todetaan: ”Toisaalta nykyinen perusoikeus- ja ihmisoikeusajattelu on vahvasti korostanut perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien jakamattomuutta ja yhtenäisyyttä. Taloudellisten ja sosiaalisten oikeuksien toteutuminen on nähty edellytykseksi muiden oikeuksien toteutumiselle ja päinvastoin.”

¹³⁶ Sosiaalisten perusoikeuksien ja perusoikeusuudistusten suhteesta Tuori ja Kotkas 2016, s. 237-240 tai Saraviita 2011, s. 264-267.

ihmisoikeussopimusten kuten Euroopan sosiaalisen peruskirjan aiheuttama paine¹³⁷. Hallituksen esityksessä perustuslain perusoikeussäännösten muuttamiseksi nimenomaisesti kytkettiin nykyisen perustuslain (731/1999) eräitä sosiaalisia perusoikeuksia suoraan Euroopan sosiaalisen peruskirjan vastaaviin oikeuksiin¹³⁸.

Lähtökohtaisesti sosiaaliset perusoikeudet ovat oikeudellisesti velvoittavia, mutta ne muodostavat pääsääntöisesti harvoin suoraan subjektiivisia oikeuksia, mistä tosin merkittävä poikkeus on perustuslain (PL) 19 §:n 1 momentti ihmisarvon kannalta välttämättömästä toimeentulosta ja huolenpidosta¹³⁹. Toisin sanoen perustuslain sosiaalisissa perusoikeuksissa on usein kyse oikeuksien turvaamis- ja edistämisvelvoitteista¹⁴⁰. Arajärvi on erotellut sisällöllisesti sosiaalisten perusoikeuksien kattavan rahamääräiset toimeentuloetuudet, sosiaali- ja terveysterveyst, kustannusten korvaukset ja jossain määrin verotuksen¹⁴¹. Huhtasen perustuslakivaliokunnan lausuntokäytäntöä koskevan tarkastelun perusteella sosiaaliset perusoikeudet aktualisoituvat useimmiten perustoimeentulon turvan (PL 19.2) ja sosiaali- ja terveysterveyst sekä väestön terveyden edistämistä ja lapsiperheiden tukea koskevan perustuslain 19 §:n 3 momentin kohdalla¹⁴².

Ikääntyneiden henkilöiden kotiin annettavien sosiaalihuollon palveluiden kannalta olennaisia sosiaalisia perusoikeuksia ovat ennen kaikkea perustuslain 19 §:n 1 momentti, johon sisältyy oikeus välttämättömään huolenpitoon ja perustuslain 19 §:n 3 momentti, joka muun muassa takaa kaikille riittävät sosiaali- ja terveydenhuollon palvelut. Sen sijaan perustuslain 19 §:n 2 momentti koskee perustoimeentulonturvaa eli lähtökohtaisesti rahamääräisiä etuuksia eikä palveluita¹⁴³. Perustuslain 19 §:n 1 momentin osalta arviointiin linkittyy myös perustuslain 7 § (oikeus elämään sekä henkilökohtaiseen vapauteen ja koskemattomuuteen).

¹³⁷ HE 309/1993 vp yleisperusteluissa todettiin, että kansainvälisen sopimuskehityksen vuoksi Suomen perusoikeusjärjestelmä on useissa suhteissa jäänyt jälkeen ihmisoikeusnormiston kehityksestä (2.2) nimenomaan suhteessa TSS-oikeuksiin (2.3 ja 3.1) ja esim. Tuori 2011, s. 714.

¹³⁸ esim. HE 309/1993 vp, s.69.

¹³⁹ Tuori ja Kotkas 2016, s. 247.

¹⁴⁰ HE 309/1993 vp, s.19: ”Taloudelliset ja sosiaaliset oikeudet ehdotetaan kirjoitettaviksi julkisen valtaan tai lainsäätäjään kohdistuviksi turvaamis- tai edistämisvelvoitteiksi.” ks. tarkemmin perusoikeuksien oikeusvaikutusten jaottelusta esim. Tuori 2011, s.716 ja Huhtanen 2013, s.164.

¹⁴¹ Arajärvi 2017, luku 3.2.3.

¹⁴² Huhtanen 2013, s. 168.

¹⁴³ ks. Tuori 2011, s. 734 ja siinä viitattu perustuslakivaliokunnan lausunto, jossa arvioitiin kuntoutustukijärjestelmää suhteessa perustuslain 19 §:n 2 momenttiin. Mielestäni tässä suhteessa myös omaishoidon tukijärjestelmää voidaan pitää mielenkiintoisena esimerkkinä, koska omaishoidon tuen palkkio on itsessään rahamääräinen suoritus, mutta omaishoidontukijärjestelmään kuuluvat myös omaishoitajan hoitotehtävää tukevat palvelut ja sijaishoito omaishoitajan vapaan aikana, jotka ovat luonteeltaan palveluita.

Perustuslain 19 §:n 1 momentti:

”Jokaisella, joka ei kykene hankkimaan ihmisarvoisen elämän edellyttämää turvaa, on oikeus välttämättömään toimeentuloon ja huolenpitoon.”

Oikeuskirjallisuuden ja perustuslakivaliokunnan käytännön perusteella on varsin yhdenmukaisesti todettavissa, että PL 19 §:n 1 momentti perustaa jokaiselle sanamuotonsa mukaisesti subjektiivisen oikeuden välttämättömään huolenpitoon eli toisin sanoen henkilö voi vedota oikeuteensa viime kädessä tuomioistuimessa riippumatta siitä, onko lainsäätäjät toimeksiantovaikutuksen edellyttämällä tavalla säättänyt asiasta riittävällä tavalla tavallisessa laissa¹⁴⁴. Oikeus välttämättömään huolenpitoon toteutetaan käytännössä olemassaolevan palvelu- ja tukijärjestelmän avulla¹⁴⁵, mutta PL 19 §:n 1 momentti ei sinänsä vaadi tiettyä palvelujärjestelmää, jonka avulla oikeus toteutetaan¹⁴⁶. Normin luonne subjektiivisena oikeutena tarkoittaa kuitenkin sitä, että säännös voi turvata yksittäistapauksessa henkilölle esimerkiksi oikeuden johonkin palveluun, joka turvaa hänen ihmisarvon kannalta välttämättömän huolenpitoaan, vaikka henkilö ei ole oikeutettu kyseiseen palveluun tavallisen lain perusteella¹⁴⁷.

Karvonen-Kälkälä on todennut oikeuskäytännön perusteella PL 19 §:n 1 momentin ja terveydenhuoltopalveluiden osalta, että subjektiivisen oikeuden alue voi laajentua kiireellisen erikoissairaanhoidon tarpeen ulkopuolellekin ikään kuin sellaisille alueille, joiden on perinteisesti ajateltu kuuluvan terveydenhuollon ammattilaisille ja kunnan poliittisille päättäjille. Karvonen-Kälkäsen mukaan sellainen ajattelutapa on yleistymässä, että tiettyjen perusoikeuksien toteuttaminen sijoittuu alueelle, jolla budjettioikeudelliset käsitteet menettävät merkityksensä¹⁴⁸. Hän tarkoittanee sitä, ettei kunta voi yksittäistapauksessa tai yleisesti alibudjetoimalla oikeuttaa palvelun epäämistä PL 19 §:n 1 momentin tarpeessa olevilta henkilöiltä

PL 19 §:n 1 momentin muodollinen neutraalius suhteessa olemassaolevaan palvelujärjestelmään nostaa esiin kysymyksen siitä, että sisältääkö vaatimus välttämättömästä huolenpidosta tietyn

¹⁴⁴ PeVM 25/1994 vp, s. 10; Tuori ja Kotkas 2016, s. 261; Huhtanen 2013, s. 171 ja siinä viitatus perustuslakivaliokunnan uudemmat lausunnot; Saraviita 2011, s. 267 ja Arajärvi 2011, s. 251.

¹⁴⁵ ks. HE 309/1993 vp, s. 69 ”Nykyisistä tukijärjestelmistä turvaavat ihmisarvoisen elämän perusedellytyksiä myös eräät lasten, vanhusten, vammaisten ja kehitysvammaisten huoltoon kuuluvat tukitoimet, erityisesti oikeus kiireelliseen sairaanhoitoon.”

¹⁴⁶ Saraviita 2011, s. 268.

¹⁴⁷ Tuori 2011, s. 732.

¹⁴⁸ Karvonen-Kälkälä 2017, artikkelin 3. luku.

vähimmäistason tai muita laatuvaatimuksia palvelujärjestelmälle. Tuori on esittänyt ongelmalle kaksi tulkintavaihtoehtoa¹⁴⁹:

1) PL 19 §:n 1 momentin turvaa tietyn vähimmäistason eli hallituksen esityksessä HE 309/1993 vp tarkoitetun ns. ”eksistenssiniminin”, joka tarkoittaisi ainoastaan elämän biologisen jatkuvuuden turvaa vähimmäisehtoja kuten ruokaa, nestettä ja vaatteita (*suppea tulkinta*).

2) PL 19 §:n 1 momentti turvaa ihmisarvon kannalta välttämättömän elämän, joka on kulttuurisidonnaista ja muuttuu kulttuuristen tottumusten muuttuessa (*laaja tulkinta*).

Tuori näyttäisi itse katsoneen, että perustuslakivaliokunta olisi asettunut suppean tulkinnan puolelle lausuntonsa PeVL 31/1997 vp perusteella, jossa käsiteltiin nykyisen PL 19 §:n 1 momentin ja 2 momentin välistä systematiikkaa suhteessa toimeentulotuen perusosaan¹⁵⁰. Huhtanen on sen sijaan todennut Tuorin esittämien tulkintavaihtoehtojen osalta omassa perustuslakivaliokunnan lausuntokäytäntöä arvioivassa artikkelissaan, että perustuslakivaliokunnan käytäntö olisi lähempänä laajaa tulkintaa, mikä merkitsisi sitä, ettei säännös perustaisi tiettyä vähimmäistasoa. Huhtasen argumentti perustuu siihen, että perustuslakivaliokunta ei ole sosiaalisia perusoikeuksia konkretisoivia heikennysehdotuksia arvioidessaan asettanut tiettyä sosiaalisen perusoikeuden minimitasoa, jota ei voisi alittaa, vaan se on tulkinnut heikennysten sallittavuutta tapauskohtaisesti.¹⁵¹

Laajan tulkinnan puolesta voidaan esittää myös argumentti, joka perustuu PL 19 §:n 1 momentin ja Euroopan sosiaalisen peruskirjan välisen suhteeseen. Perusoikeusuudistuksen yhtenä tavoitteena on ollut nimenomaisesti saattaa sosiaalisten perusoikeuksien osalta Suomen perustuslaki vastaamaan kansainvälisiä ihmisoikeuksia kuten Euroopan sosiaalista peruskirjaa. Lisäksi PL 19 §:n 1 momentti on nimenomaisesti hallituksen esityksen HE 309/1993 vp yksityiskohtaisissa perusteluissa kytketty Euroopan sosiaalisen peruskirjan 13 artiklan 1 kohtaan. Perustuslakiin sisältyvillä sosiaalisilla perusoikeuksilla ja Euroopan sosiaalisella peruskirjalla voidaan katsoa olevan välitön yhteys, jota konkretisoi esimerkiksi perustuslain 22 §:n vaatimus ihmisoikeusvelvoitteiden toteuttamisesta ja perus- ja ihmisoikeuksien tulkinnallisesta yhteensovittamisesta¹⁵². Näin ollen kun tosiasiallisesti muun muassa hallintoviranomaisten, lainsäätäjän ja tuomioistuimien on tulkinnassaan otettava

¹⁴⁹ Tuori ja Kotkas 2016 s. 265-267.

¹⁵⁰ Tuori 2011, s.730 ja edelleen Tuori 2016, s. 266-268.

¹⁵¹ Huhtanen 2013, s. 190-191.

¹⁵² ks. Ojanen ja Scheinin 2011, s. 186-91 ihmisoikeusvelvoitteiden erityisasemasta suhteessa perusoikeuksiin ja tulkinnallisesta yhteensovittamisesta.

huomioon Euroopan sosiaalisen peruskirjan vaatimukset ja samalla komitean omaksuma dynaaminen tulkintatapa, voitaisiin myös katsoa, että perustuslain 19 §:n 1 momenttia olisi ihmisoikeusmyönteisen laintulkinnan näkökulmasta tulkittava samansuuntaisesti eli Tuorin esittämän *laajan tulkinnan* mukaisesti ottamalla huomioon kokonaisvaltaisesti kulloinkin olemassaolevat yhteiskunnalliset olosuhteet.

Voidaan siis todeta, että jos ikääntyneen henkilön arvioidaan voivan asua kotonaan sosiaalihuollon palveluiden avulla, tarkoittaa tämä myös sitä, että ikääntyneelle henkilölle osoitettujen palvelujen on turvattava hänelle vähintäänkin ihmisarvon kannalta välttämätön huolenpito. Tältä osin on huomattava, että vaatimus ihmisarvon kannalta välttämättömästä huolenpidosta on läheinen perustuslain 7 §:n kanssa, jonka mukaan muun muassa jokaisella on oikeus elämään eikä ketään saa kohdella ihmisarvon vastaisesti¹⁵³. Perustuslain 7 §:n esikuvana on vastaavasti Euroopan ihmisoikeussopimuksen 3 artikla¹⁵⁴. Myös perustuslain 7 §:n osalta tulkinnan lähtökohtana on yhteiskunnan muuttuvat arvostukset ja käsitykset ihmisarvosta, jonka tulkinnassa on otettava huomioon esimerkiksi Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytäntö¹⁵⁵. Edelleen edellä tutkielman 3. luvussa esitetyllä tavalla Euroopan ihmisoikeussopimuksen 3 artiklan vaatimukset ja tulkinta on otettava huomioon Euroopan sosiaalisen peruskirjan ihmisarvoa turvaavien artiklojen kuten ESP 23 artiklan osalta.

Nähdäkseni olisikin mahdollista esittää vielä kolmas täydentävä hahmotustapa ikääntyneen henkilön kotona annettavan huolenpidon suojasta perus- ja ihmisoikeuksien kokonaisuuden näkökulmasta, joka avautunee erityisesti tarkasteltaessa jatkuvaa ja säännöllistä ympärivuorokautista huolenpitoa tarvitsevan henkilön suojaa. Perustuslain 7 § ja sen taustalla oleva EIS 3 artikla muodostavat sellaisen negatiivisen oikeuden kaltaisen vähimmäissuojan, joka turvaa henkilön elämää ja suojaa ihmisarvoisen vastaiselta kohtelulta hoitotilanteissa. Käytännössä tämä vähimmäissuoja voisi ikääntyneen henkilön huoltotilanteessa tarkoittaa suojaa fyysiseltä väkivallalta, kaltoinkohtelulta, hyväksikäytöltä, biologisen elämän jatkuvuuden kannalta

¹⁵³Asiaa havainnollistaa se, että sosiaali- ja terveysvaliokunta ja valtiovarainvaliokunta olisivat sijoittaneet ihmisarvon kannalta välttämättömästä huolenpidosta suojaava normin ihmisarvoa loukkaavan kohtelun kiellon yhteyteen, mutta perustuslakivaliokunta piti huolenpitoa suojaavan normin sijoittamista sosiaaliturvaa koskevaan perusoikeussäännökseen sitä vahventavana. PeVM 25/1994 vp, s.10. Ks. myös PL 7 §:n (oikeus elämään) osalta HE 309/1993 vp, s. 46: ”Erityisen läheinen kytkentä sillä on 15 a §:n 1 momentissa turvattuun oikeuteen välttämättömään toimeentuloon ja huolenpitoon. Kyseinen säännös on ymmärrettävissä elämän vähimmäisedellytykset eli niin sanotun eksistenssiniminin turvaavaksi perusoikeudeksi. Toisaalta oikeudesta elämään voidaan johtaa yleinen velvollisuus sellaisiin julkisen vallan toimiin, joilla edistetään elämän edellytyksiä.” ja StVL 5/1994 vp s. 2.

¹⁵⁴HE 309/1993 vp, s. 47.

¹⁵⁵HE 309/1993 vp, s. 47-48, jossa nimenomaisesti todetaan ihmisoikeussopimusten tulkintakäytännön tarjoaman tuen PL 7 §:n tulkinnalle. ks. myös Pellonpää 2011, s. 289.

välttämättömien perustarpeiden laiminlyönneiltä jne. Suhteellisen selkeärajaisesti määriteltävän vähimmäissuojan päälle ja osittain limittäin rakentuisi PL 19 §:n 1 momentin ihmisarvon kannalta välttämättömän huolenpidon suoja, joka ei muodostaisi tarkkaa vähimmäissuojan aluetta vaan ihmisarvoisen elämän käsitteen tulkintaan ankkuroituvan kokonaisvaltaisesti yhteiskunnalliset olosuhteet huomioivan suojan, joka seuraisi osaltaan ESP 13 artiklan tulkintaa. Käytännössä PL 19 §:n 1 momenttiin perustuva suoja voisi siis ikääntyneen henkilön kohdalla ulottua myös sellaisiin palvelun saatavuuteen ja riittävyteen liittyviin positiivisiin velvoitteisiin, joita ei suoranaisesti voida tarkastella suhteessa oikeuteen elämään tai ihmisarvon vastaiseen kohteluun. Tällaisia asioita voisivat olla esimerkiksi ikääntyneen henkilön hygieniaan, ulkoiluun tai sosiaaliseen vuorovaikutukseen liittyvä huolenpito. Edelleen on mahdollista hahmottaa, että vähimmäissuojaa turvaisi ja toisaalta vähimmäistason myös ylittäisi julkisen vallan velvoite riittävien sosiaalihuollon palveluiden järjestämiseen:

Perustuslain 19 §:n 3 momentti:

”Julkisen vallan on turvattava, sen mukaan kuin lailla tarkemmin säädetään, jokaiselle riittävät sosiaali- ja terveyspalvelut ja edistettävä väestön terveyttä. Julkisen vallan on myös tuettava perheen ja muiden lapsen huolenpidosta vastaavien mahdollisuuksia turvata lapsen hyvinvointi ja yksilöllinen kasvu”

Perustuslain 19 §:n 3 momentin sisältää lainsäätäjälle toimeksiannon taata riittävät sosiaali- ja terveyspalvelut kaikille. Kyse ei ole subjektiivisesta oikeudesta eikä säännös velvoita, että lainsäätäjän olisi turvattava sosiaali- ja terveyspalvelut subjektiivisina oikeuksina¹⁵⁶. Säännös on neutraali suhteessa voimassaolevaan palvelujärjestelmään.¹⁵⁷ Säännös ei määrittele sosiaali- ja terveyspalvelujen järjestämistapaa eli palvelut voidaan järjestää muutoin kuin julkisesti tuotettuina kunhan ne ovat riittävät¹⁵⁸. Suhteessa PL 19 §:n 1 momenttiin PL 19 §:n 3 momentin tarkoituksena on turvata sellainen palvelujen taso, joka luo jokaiselle ihmiselle edellytykset toimia yhteiskunnan täysivaltaisena jäsenenä¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Tuori 2011, s. 746.

¹⁵⁷ esim. PeVL 25/2012 vp

¹⁵⁸ HE 309/1993 vp, s. 71 ja Tuori 2011, s. 746.

¹⁵⁹ HE 309/1993 vp, s. 71.

Erityisesti perustuslain 19 §:n 3 momentin kohdalla riittävien sosiaalipalveluiden tason määrittämisen kytkeytyminen taloudellisiin voimavaroihin on olennainen oikeudellinen tekijä, koska riittävät palvelut tulevat turvatuksi lähinnä toimeksiantovaikutuksen kautta.

Perustuslakivaliokunta on katsonut, että perustuslain 19 §:n 3 momentin säännöksen julkista valtaa koskevan toimintavelvoitteen luonteen mukaista on, että sosiaaliturvaa suunnataan ja kehitetään yhteiskunnan taloudellisten voimavarojen mukaisesti. Käytännössä tämä merkitsee sitä, että julkistalouden säästötavoitteet voivat taloudellisen laskusuhdanteen aikana muodostaa hyväksyttävän perusteen ”puuttua jossain määrin” riittävien sosiaalipalveluiden tasoon. Samalla perustuslakivaliokunta on kuitenkin todennut, ettei sääntely saa kokonaisuutena arvioiden vaarantaa perustuslaissa asetettua tukemisvelvoitetta.¹⁶⁰

Riittävyys käsitteen voidaan katsoa kattavan muun muassa palvelujen laadun ja saatavuuden¹⁶¹. Suomen sosiaali- ja terveydenhuollon palvelujärjestelmässä kunnat vastaavat pääsääntöisesti palveluiden järjestämisestä¹⁶². Erityisesti ikääntyneiden henkilöiden palveluiden osalta palveluissa on kyse usein kunnan yleisen järjestämisvelvollisuuden piiriin kuuluvista määrärahasidonnaisista palveluista¹⁶³. Rajanveto perustuslain edellyttämän palveluiden riittävyyden (laatu ja saatavuus) ja kunnille jäävän harkintavallan välillä voi muodostaa hankalia tulkintatilanteita, joita osaltaan avataan tutkielman luvussa 3.1 eduskunnan oikeusasiamiehen laillisuusvalvonnan näkökulmasta. Kuten edellä sanottu joissakin tilanteissa PL 19 §:n 1 momentin välttämätöntä huolenpitoa edellyttävä turva voi myös suoraan yksittäistapauksissa edellyttää sellaista kotiin annettavaa palvelua, jota ei ole ikääntyneelle henkilölle järjestetty.

PL 19 §:n 4 momentti sisältää väljän toimeksiannon edistää oikeutta asuntoon ja omatoimisen asumisen järjestämiseen, mikä ei perusta subjektiivista oikeutta¹⁶⁴. Omatoimisen asumisen järjestämisestä koskeva muotoilu on tarkoitettu ilmeisesti ensisijaisesti korostamaan yhteiskunnan jäsenten omaa aktiivista toimintaa eikä niinkään julkisen vallan vastuuta¹⁶⁵. Todettakoon, että asumisen järjestämisellä on kuitenkin kiinteä yhteys sosiaalihuollon palveluihin ja joissakin

¹⁶⁰ PeVL 25/2012 vp.

¹⁶¹ StVL 5/1994 vp, s. 3. Muutoin tässä tutkielmassa käsitteitä on käytetty siten, että palvelun saatavuus ja riittävyys eivät sisälly toisiinsa vaikkakin joissakin tilanteissa puutteet palvelun riittävyydessä eli laadussa voivat johtaa myös tosiasialliseen palvelun toteutumattomuuteen.

¹⁶² Laki sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionosuudesta (733/1992), Sosiaalihuoltolaki (1301/2014) ja Terveydenhuoltolaki (1326/2010).

¹⁶³ esimerkiksi. Laki omaishoidon tuesta (937/2005) ja Sosiaalihuoltolaki (1301/2014) 3 luku.

¹⁶⁴ HE 309/1993 vp, s. 72.

¹⁶⁵ HE 309/1993 vp, s. 72: ”Sosiaaliset perusoikeudet eivät voi olla yksinomaan julkisen vallan vastuulla. Pikemminkin ehdotettujen perusoikeussäännösten kokonaisuus korostaa yhteiskunnan jäsenten omaa aktiivista toimintaa perusoikeuksien toteuttamisessa. Myös asumisen oikeuden tulee pääosin toteutua yksilöiden omatoimisuuden kautta.”

tapauksissa myös ihmisen välttämättömään huolenpitoon ja tästä näkökulmasta PL 19 §:n 4 momentilla voi olla merkitystä arvioitaessa riittäviä sosiaali- ja terveydenhuollon palveluita¹⁶⁶. Toimintakyvyltään heikentyneelle ikääntyneelle henkilölle asumisen järjestäminen tietyn laatuksena voi olla sosiaalihuollon palvelun konkreettinen sisältö, jolla voidaan nimenomaan turvata ihmisarvon kannalta välttämätön huolenpito. Arviointia mutkistaa se, että joillekin ryhmille on erikseen tavallisessa laissa turvattu asuminen subjektiivisena oikeutena. Esimerkiksi Helenelundin mukaan muistisairaiden ikääntyneiden henkilöiden de facto sulkeminen vammaispalvelulaissa (166/2008) vaikeavammaisille henkilöille subjektiivisena oikeutena turvatus palveluasumisen piiristä on asumista turvaavien ihmisoikeuksien kannalta ongelmallista¹⁶⁷.

Helenelundin mainitsema ongelma liittyy säännöstasolla vaikeavammaisuuden määrittelyyn, mutta syvemmällä tasolla kyse on siitä, ettei lainsäätäjällä ole poliittisessa harkinnassaan halunnut turvata palveluasumista ikääntyneille henkilöille subjektiivisena oikeutena vaan kunnilla on mahdollisuus suhteuttaa ikääntyneiden henkilöiden palveluasumisen tarjoaminen kunnassa esiintyvään tarpeeseen, palvelurakenteeseen ja poliittisiin ratkaisuihin.¹⁶⁸ Toisin sanoen palveluasumisessa ja myös ikääntyneiden kotiin annettavissa palveluissa on kyse kunnan yleisen järjestämisvelvollisuuden piiriin kuuluvista määrärahasidonnaisista palveluista. Seuraavaksi tarkastelen lähemmin eduskunnan oikeusasiamiehen ratkaisukäytännön perusteella, millaisia konkreettisia ongelmia perusoikeusnäkökulmasta voi syntyä huolenpidon toteutumiselle ottaen myös huomioon hajautetun palvelurakenteen ja kuntien yleisen järjestämisvelvollisuuden merkityksen. Samalla jatkan edelleen sosiaalisissa perus- ja ihmisoikeuksissa huomioitavien oikeudellisten elementtien systematisointia.

¹⁶⁶ Ks. StVL 5/1994 vp, s.4: ”Lakiehdotuksen 15 a §:n 3 ja 4 momentilla on sosiaalitoimen kannalta kiinteä yhteys. Vaikka 4 momentin mukainen oikeus asuntoon ja asunnon omatoimisen järjestämisen tukeminen onkin ensisijaisesti kunkin yksilön itsensä vastuulla, liittyy asunto hyvin perustavalla tavalla ihmisen fyysiseen, psyykkiseen ja sosiaaliseen hyvinvointiin. Tästä syystä 4 momenttia on tulkittava rinnan 3 momentin kanssa julkisen vallan turvatessa riittäviä sosiaali- ja terveyspalveluja ja edistäessä väestön terveyttä.”

¹⁶⁷ Helenelund 2013, s. 360-361.

¹⁶⁸ Ks. KHO 2016:28, jossa yhteensovitettiin vammaispalvelulain ja vanhuspalvelulain tulkintaa todeten muun ohella: ”Tarkoituksena ei ollut ollut, että vammaispalvelulakiin perustuvaa palveluasumista tulisi järjestää suurelle joukolle sellaisia iäkkäitä henkilöitä, joiden hoidon ja huolenpidon tarve oli kunnissa tavanomaisesti järjestetty laitoshoidon vanhainkodeissa ja nyttemmin yleisesti myös sosiaalihuoltolain mukaisena tehostettuna palveluasumisena.”

3.2.1 Sosiaalisten perusoikeuksien soveltamisesta käytännössä: Eduskunnan oikeusasiamiehen ratkaisukäytäntöä

Eduskunnan oikeusasiamiehen (EOA) rooli perus- ja ihmisoikeuksien laillisuusvalvojana perustuu suoraan perustuslakiin¹⁶⁹. Eduskunnan oikeusasiamiehen valvontatehtävänä on valvoa tuomioistuimia ja muita viranomaisia sekä virkamiehiä, julkisyhteisön työntekijöitä ja muitakin julkista tehtävää hoitavia. Julkista tehtävää hoitava voi olla paitsi yksityishenkilö myös yhteisö, laitos tai säätiö¹⁷⁰.

Pajuoja on todennut, että perus- ja ihmisoikeudet huomioivassa laillisuusvalvonnassa on kyse sanamuodonmukaista tulkintaa syvemmälle porautuvasta oikeudellisesta analyysistä, jossa voidaan arvioida muun muassa sovellettavan lain laatua ja aukollisuutta. Pajuojan mukaan erityisesti TSS-oikeuksien osalta valvonta voi ylittää pelkän lainvastaisen menettelyn ja harkintavallan arvioimisen, jolloin kyse ei ole määritelmällisesti tiukasti lain noudattamisen valvonnasta vaan yleisemmin perus- ja ihmisoikeuksien edistämisestä.¹⁷¹ Myös perustuslakivaliokunta on pitänyt oikeuksien edistämistä ja tosiasiallista toteutumista painottavaa valvontaroolia tavoiteltavana suuntana¹⁷². Sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien oikeudellinen arviointi edellyttää kokonaisvaltaista tavoitesuuntautunutta arvosidonnaista tulkintaa, mikä ilmeni esimerkiksi edellä tutkielman luvussa 3.2.1 käsiteltäessä Euroopan sosiaalisten oikeuksien komitean valvontakäytäntöä.

Eduskunnan oikeusasiamies raportoi vuosittain havaitsemistaan perus- ja ihmisoikeuksien liittyvistä puutteista ja ratkaisee kanteluasioita, joiden yhteydessä oikeusasiamies voi muun muassa kiinnittää huomiota perus- ja ihmisoikeuksien toteutumista edistäviin näkökohtiin. Perusoikeusuudistuksen jälkeen eduskunnan oikeusasiamiehen laillisuusvalvonta on ulottunut sosiaaliturvaan liittyvän menettelyn valvonnan lisäksi vahvemmin myös sosiaaliturvan aineelliseen sisältöön¹⁷³.

Yksittäistapauksessakaan eduskunnan oikeusasiamies ei voi kumota viranomaisen päätöstä tai määrätä vahingonkorvausta. Eduskunnan oikeusasiamies on kuitenkin perustuslakivaliokunnan ”siunauksella”¹⁷⁴ kehittänyt valvontakäytännössään järjestelmän, jossa eduskunnan oikeusasiamies

¹⁶⁹ PL 38 § ja 109 §, myös laki eduskunnan oikeusasiamiehestä (197/2002).

¹⁷⁰ HE 202/2001 vp.

¹⁷¹ Pajuoja 2011, s. 346-347.

¹⁷² esim. PeVM 2/2016 vp: ”Perustuslakivaliokunta pitää myönteisenä kehitystä, jonka myötä oikeusasiamiehen toiminnan painopiste on viime vuosina siirtynyt yhä selvemmin viranomaisten toiminnan valvonnasta ihmisten oikeuksien edistämiseen. Valiokunta pitää tärkeinä oikeusasiamiehen toiminnan viranomaistoimintaa ohjaavia, oikeustilaa kehittäviä ja perus- ja ihmisoikeuksien toteutumista edistäviä vaikutuksia ja rohkaisee oikeusasiamiesinstituutiota kehittämään toimintaansa tulevaisuudessakin samaan suuntaan.”

¹⁷³ Eduskunnan oikeusasiamiehen toimintakertomus (2005), s. 51.

¹⁷⁴ PeVM 2/2016 vp, s.2 ja PevM 12/2010 vp, s.4.

voi esittää viranomaiselle rahallisen hyvityksen maksamista perus- ja ihmisoikeuksien loukkaamisesta¹⁷⁵.

Eduskunnan oikeusasiamies on todennut vuodesta 2013 alkaen toistuvasti toimintakertomuksissaan, että ikääntyneiden henkilöiden oloissa ja kohtelussa on puutteita sekä laitos/palveluasumisen että kotiin järjestettyjen palvelujen osalta¹⁷⁶. Eduskunnan apulaisoikeusasiamies (AOA) Sakslin on korostanut vanhusten hoidon keskeisenä perusarvona ihmisarvon kunnioittamista ja oikeutta arvokkaaseen vanhuuteen sekä hyvään kohteluun¹⁷⁷.

Tässä yhteydessä tarkastelen valvontakäytäntöä kahdesta sisällöllisestä näkökulmasta, jotka avaavat ikääntyneiden henkilöiden kohtaamia perus- ja ihmisoikeusongelmia: 1) Kotiin annettavien palvelujen saatavuus ja riittävyys 2) Hajautettu palvelurakenne ja kunnan järjestämisvelvollisuus

1) Kotiin annettavien palvelujen saatavuus ja riittävyys

Eduskunnan oikeusasiamies ja apulaisoikeusasiamiehet ovat antaneet useita ratkaisuja, joissa arvioidaan kotiin järjestettävien palvelujen sisältöä ikääntyneiden henkilöiden perustarpeiden kuten ruoan, nesteen, hygienian tai ulkoilun näkökulmasta. Tapauksissa on arvioitu kotihoidon palvelujen laatua tavallisen lainsäädännön lisäksi vahvasti suoraan PL 19 §:n 1 momentin ja 3 momentin näkökulmasta.

AOA 23.5.2014 (dnro 39/4/14) oli kyse kotihoidon menettelystä suhteessa ikääntyneen henkilön peseytymiseen, ruokailuun ja puhtauteen. AOA totesi ratkaisun perusteluissa yleisellä tasolla, että kotihoidon asiakkaiden hygieniasta ja puhtaudesta yksilöllisen tarpeen mukaan huolehtiminen sekä nesteytyksen ja ravinnon seuranta ovat olennainen osa vanhusten hyvää hoitoa ja ihmisarvoista kohtelua. AOA ei pystynyt ristiriitaisen selvityksen perusteella toteamaan kotihoidon toimineen virheellisesti muutoin kuin peseytymisestä huolehtimisen osalta. Peseytymisessä avustamisen osalta

¹⁷⁵ ks. esimerkiksi Eduskunnan oikeusasiamiehen toimintakertomus (2016), jossa hyvitysjärjestelmän tarve ja siihen liittyvä ristiriita tiivistetään seuraavasti: ”Oikeusasiamies näyttäisi siis olevan ristiriitaisten odotusten kohteena. Vaikka toimivaltaa vahingonkorvausasioissa ei lähtökohtaisesti ole, rahallisia hyvitysesityksiä edellytetään esitettäväksi. Miten selittyy tämä ristiriita? Perusongelma on todettu muun muassa valtioneuvoston selonteossa Suomen ihmisoikeuspolitiikasta. Selonteon mukaan kansallinen oikeusjärjestelmä ei tarjoa tehokasta ja kattavaa oikeussuojaa perus- ja ihmisoikeusloukkausten hyvittämiseksi.”, s. 27.

¹⁷⁶ Eduskunnan oikeusasiamiehen toimintakertomukset (2013-2016). Vuodesta 2013 alkaen vanhusten olot ja kohtelu nostettiin omana käsiteltävänä alueena esiin, mutta tämä ei tietenkään tarkoita sitä, etteikö tätä ennen puutteita olisi ollut.

¹⁷⁷ AOA Sakslinin 11.6.2013 vastaus kirjoitukseen vanhuspalveluiden järjestämisestä (dnro 851/4/11).

viikkojen suihkutuskäytännöt olivat johtuneet osittain pyhäpäivistä, jotka osuivat palvelusuunnitelmassa sovituille ”suihkutuspäiville” ja osittain ne johtuivat ilmeisesti ikääntyneen henkilön omasta kieltäytymisestä. AOA kuitenkin totesi, että asiakkaan kieltäytyessä suihkutuksesta toistuvasti, pitäisi viranomaisen arvioida, millä vaihtoehtoisella tavalla puhtaudesta huolehditaan. AOA:n aikaisemman ratkaisukäytännön perusteella myöskään sellaiset vaikeudet kuten suihkutukseen tarvittavien apuvälineiden puute, ei voi olla peruste jättää ikääntynyt henkilö suihkuttamatta¹⁷⁸.

Ratkaisu on mielenkiintoinen ikääntyneen henkilön itsemääräämisoikeuden näkökulmasta, mutta pääasiallinen oikeusohje lienee se, että välttämättömästä huolenpidosta vastaava viranomainen ei voi jättäytyä passiiviseksi tilanteessa, jossa ikääntynyt henkilö kieltäytyy sellaisista ihmisarvoisen elämän kannalta perustavanlaatuisesta huolenpidosta kuten peseytymisestä, nesteestä tai ruoasta. Viranomaisen on myös seurattava, että turvaako palvelu tosiasiallisesti ikääntyneen henkilön ihmisarvoisen elämän kannalta välttämättömät perustarpeet. Keskeistä ratkaisussa on myös ikääntyneen henkilön yksilöllisen tarpeen korostaminen, mitä voidaan pitää myös ihmisoikeusmyönteisenä laintulkintana suhteessa ESP 13, 14 ja 23 artiklaan, vaikka ratkaisuissa itsessään ei viitattukaan peruskirjan artikloihin.

EOA 23.11.2016 (dnro 4687/4/15) oli myös kyse ikääntyneen henkilön ihmisarvon mukaisesta kohtelusta. Tapauksessa ikääntyneen henkilön hiukset oli jouduttu terveystieteiden keskuksessa ajamaan pois, koska hänen hiuksissaan oli täitä ja täiden munia. EOA arvioi, että täitä oli ollut jo ikääntyneen henkilön ollessa kotihoidossa ja katsoi, että kotihoidon työntekijät eivät olleet tarpeeksi aktiivisesti miettineet ikääntyneen henkilön ja hänen omaistensa kanssa mahdollisia vaihtoehtoja henkilökohtaisen puhtauden hoitamiseen. Erityisesti EOA korosti hoidon ja huolenpidon riittävyyden varmistamista tilanteissa, joissa asiakkaan huolenpidon tarve lisääntyy. Erityistä tapauksessa on se, että EOA arvioi nimenomaan huolenpidon puutteellisuuden aiheuttaman välttämättömän toimenpiteen eli hiusten kokonaan pois ajamisen johtaneen sellaiseen lopputulokseen, jota EOA piti vanhuksen ihmisarvoa loukkaavana. Ratkaisun perusteella voidaankin todeta, että arvioitaessa ihmisarvon kannalta välttämättömästä huolenpitoa arvioinnin kohteena ei ole vain yksittäisten huolenpitoa turvaavien palveluiden sisältö/saatavuus, vaan se

¹⁷⁸AOA päätös 27.5.2011 (dnro 686/4/11) mukaan hyvään sosiaalihuoltoon kuuluu liikuntarajoitteisen vanhuksen suihkuttaminen muiden pesujen lisäksi niin usein kuin hänen tarpeensa sitä vaativat. Suihkutukseen tarvittavien apuvälineiden puute ei ole hyväksyttävä syy vanhuksen hygienian laiminlyömiseen.

minkälaisia seurauksia palvelukokonaisuudella on kokonaisarvioituna ikääntyneen henkilön huolenpidon kannalta.

Eduskunnan oikeusasiamies ei ole antanut ratkaisua liittyen ikääntyneen henkilön ulkoilutukseen kotiin annettavana palveluna. Nähdäkseni palvelutaloasumisen/asumispalvelua voidaan kuitenkin tarkastella analogisesti suhteessa sellaisiin kotiin järjestettäviin sosiaalihuollon palveluihin, jotka ovat ympärivuorokautisia tai lähellä sitä. Ulkoilutusvelvoite ei perustu palveluasumisen osalta sellaiseen erityiseen lainsäädäntöön, joka estäisi analogiatulkinnan tekemisen vaan velvoitteen perustana on vanhuspalvelulain, sosiaalihuollon asiakaslain ja sosiaalihuoltolain yleiset palvelun laatua määrittävät säännökset sekä PL 19 §:n 1 momentti ja 3 momentti, jotka määrittävät myös kotiin annettavien sosiaalihuollon palvelujen laatua.

AOA 24.6.2014 (dnro 3644/2/13) oli kyse ikääntyneiden henkilöiden ulkoiluttamisesta ja siitä perittävästä lisämaksusta. AOA totesi, että pitkäaikaishoitoa järjestettäessä tulisi kiinnittää erityistä huomioita siihen minkälaisia palveluja ja tukitoimia tai palvelun järjestämiseen välittömistä liittyviä toimintoja ikääntyvälle henkilölle annettava hoito ja huolenpito sisältävät. AOA katsoi, että hoidettavana olevalla vanhukselle järjestetty mahdollisuus ulkoiluun kuului asumispalvelun osalta palvelukokonaisuuteen, joka kunnan täytyy järjestää vanhuspalvelulain perusteella iäkkään henkilön terveyttä ja toimintakykyä edistävänä toimenpiteenä. AOA:n aikaisemman ratkaisukäytännön perusteella ulkoiluttaminen ei voi asumisyksiköissä jäädä omaisten varaan tai estyä sen vuoksi, että henkilökunnalla ei ole siihen aikaa¹⁷⁹.

Johtopäätöksenä voitaneen todeta, että myös ulkoilussa avustaminen on olennainen osa sellaisen ikääntyneen henkilön avun tarvetta, joka ei kykene itsenäisesti liikkumaan tai muutoin toimintakyvyiltään ulkoilemaan. Perus- ja ihmisoikeusmyönteisen laintulkinnan näkökulmasta katsoisin, että mahdollisuus ulkoiluun koskee myös sellaista ikääntynyttä henkilöä, joka ei tosiasiallisesti pysty liikkumaan kotoaan. Erityisesti niissä tapauksissa, joissa kotona asuvan ikääntyneen henkilön palvelun tarve vastaa palveluasumisena järjestettyä huolenpidon tasoa, en näe

¹⁷⁹AOA päätös 9.10.2012 (dnro 1979/4/11): ” Vanhuksille on tärkeää päästä liikkumaan myös asumisyksikön ulkopuolella ulkoilemalla ja osallistumalla mahdollisuuksien mukaan esimerkiksi kulttuuritapahtumiin. AOA korosti, että vaikka omaisten ja muiden henkilöiden apu on tervetullutta, ulkoilua ei voi jättää omaisten tai vapaaehtoisten varaan. Ulkoiluttaminen lähinnä vain viikonloppuisin on riittämätöntä. Ulkoilu ei saa jäädä vähäiseksi sen vuoksi, että henkilökunnalla ei ole aikaa ulkoiluttamiseen. ”.

juurikaan perusteita arvioida oikeutta ulkoiluun eri tavalla sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien toteutumisen näkökulmasta.

Jos ikääntyneen henkilön hoito/huolenpito järjestetään kotona, hänellä on lähtökohtaisesti oikeus myös apuvälineisiin tai muutoin kotisairaanhoidossa kotona toteutettavan pitkäaikaissairauden hoitoon tarvittavien hoitotarvikkeiden jakeluun, jotka ovat tarpeen välttämättömän huolenpidon ja riittävien sosiaali- ja terveyspalveluiden toteuttamiseksi. AOA:n mukaan kunta ei voi vapautua järjestämis- tai kustannusvastuusta ajan kulumisen takia tai siirtää järjestämisvastuutaan asiakkaalle tai hänen omaiselleen¹⁸⁰. Tarpeellinen apuväline voi olla esimerkiksi turvaranneke, joka mahdollistaa osaltaan ikääntyneen henkilön mahdollisuuksia elää ja toimia omassa kodissaan. Samoin kotihoidossa ikääntyneen henkilön tarvitsemat vaipat on korvattava¹⁸¹. Kunta ei voi myöskään välttää vastuutaan vetoamalla apuvälineiden tilapäisiin saatavuusongelmiin tai toimintahäiriöihin¹⁸². AOA on suosittanut tarpeellisen apuvälineen korvaamista jälkikäteen, jos esimerkiksi omainen on hankkinut sen ikääntyneelle henkilölle¹⁸³.

2) Hajautettu palvelurakenne ja kunnan järjestämisvelvollisuus

Sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien toteutumisen kannalta jännitteisenä voidaan pitää hajautettua järjestämisvastuuta, mikä ilmeni jo edellä tutkielman luvussa 3. Euroopan sosiaalisten oikeuksien komitean Suomea koskevissa järjestökanteluissa. Suomessa kuntien itsehallinto on turvattu perustuslaissa (PL 121 §) ja niille on jätetty tavallisessa lainsäädännössä runsaasti harkintavaltaa ikääntyneiden henkilöiden palvelujen järjestämisen osalta. Käytännössä kuntien pitäisi järjestää palvelut sisällöltään ja laajuudeltaan vastaamaan ikääntyneiden henkilöiden tarpeeseen, mikä edellyttää myös tarpeen selvittämistä ja seurantaa¹⁸⁴. Kunta voi järjestää palvelun omana tuotantonaan tai esimerkiksi ostamalla sen ostopalveluna muulta kuin julkiselta toimijalta. Järjestämistapa ei sinänsä supista kunnan järjestämisvelvollisuuden laajuutta, mutta käytännössä palvelun järjestäminen muutoin kuin julkisena palveluna voi monimutkaistaa valvonnan- ja

¹⁸⁰AOA 15.12.2015 (dnro 4361/2/15).

¹⁸¹EOA 23.12.2015 (dnro 3411/4/14).

¹⁸²ks. AOA dnro 4756/2/15, EOA toimintakertomuksesta (2016), s. 236. Tapauksessa AOA oli oma-aloitteisesti puuttunut tilanteeseen, jossa satojen vanhusten turvarannekkeisiin oli tullut kunnan toiminnasta riippumaton käyttökatko.

¹⁸³AOA 15.12.2015 (dnro 4361/2/15), s.3.

¹⁸⁴Ks. esim. EOA toimintakertomus (2009) ja siinä viitattu ratkaisu dnro 102/4/08, s.64.

vastuukysymysten arviointia. Kunnan tulisi talousarvioista päättäessään ottaa huomioon PL 19 §:n 1 ja 3 momentti.

AOA 24.11.2010 (dnro1863/4/09) arvioitiin kunnan lakisääteisen yleisen järjestämisvastuun piiriin kuuluvan määrärahasidonnaisen palvelun järjestämistä (omaishoidon tuki). AOA:n mukaan kunnan on selvitettävä palvelun tarvetta myös silloin kun kunnalla ei ole ehdotonta velvollisuutta palvelun järjestämiseen ja otettava tarve huomioon talousarviossaan. AOA toteaa, että mikäli määrärahat eivät riitä kaikille, joiden kohdalla yksilöllinen palvelun tarve on todettu, voi kunta kohdentaa varaamiaan määrärahoja ja järjestää palveluita määrittelemässään etusijajärjestyksessä ottaen huomioon kuitenkin vaatimuksen yhdenvertaisuudesta. AOA:n näkemyksen mukaan arvioitaessa kunnan yleistä järjestämisvelvollisuutta, on otettava huomioon kunnassa aikaisemmin esitetyt palvelutarpeen kartoitukset, palvelusuunnitelmat, hakemukset, päätökset sekä kyseessä olevaa palvelua korvaavat palvelut. AOA korosti, että kunnan tulee aktiivisesti seurata palvelun tai tuen tarpeessa tapahtuvia muutoksia.

Yleisen järjestämisvelvollisuuden piiriin kuuluvan palvelun riittävyyden arviointi näyttäisi AOA:n arvioinnissa kytkeytyvän kokonaisvaltaiseen arvioon ikääntyneiden henkilöiden tarpeista ja palvelujärjestelmän vastaavuudesta yleisellä tasolla (korvaavien palveluiden huomioon ottaminen) sekä niiden mitoittamiseen talousarvion perustana. Kunnilla on kotiin järjestettävien palvelujen lisäksi erilaisia palveluasumisen, tehostetun palveluasumisen ja muiden vaihtoehtoisten palvelujen muotoja. Saattaa olla siis vaikea osoittaa, että kunta ei ole täyttänyt yleistä järjestämisvelvollisuuttaan yksittäisten palvelun osalta, vaikka kunta sinänsä alibudjetoisi sosiaalipalveluita suhteessa kunnassa esiintyvään tarpeeseen. Kunnalla on asiassa runsaasti harkintavaltaa tai toisin sanoen harkintakynnyksen ylittämisen toteaminen on suhteellisen korkealla. Tämän vuoksi voi olla vaikea todentaa, että kaikki ikääntyneet henkilöt saavat tarpeensa mukaiset palvelut, mihin myös Euroopan sosiaalisten oikeuksien komitean ratkaisu Complaint No. 71/2011 perustui.

Palvelujen tosiasiallinen saatavuus voi rajoittua ratkaisusta *AOA 2.3.2012 (dnro 3944/4/10)* ilmenevällä tavalla myös jonoon asettamisena, vaikka henkilölle sinänsä olisi myönnetty palvelu. AOA arvioi, että myönteisen päätöksen jälkeen jonoon asettaminen tarkoittaa asiakkaan kannalta tosiasiallisesti kielteistä päätöstä. AOA korosti ratkaisussa PL 19 §:n 3 momentin merkitystä kunnan talousarviopäätöksiä tehtäessä. AOA totesi, että talousarvioista päättävät luottamusmiehet ja asiaa valmistelevat virkamiehet rikkovat perustuslain säännöksiä, jos talousarvio mitoitetaan

tietoisesti tiedossa olevaa tarvetta vähäisemmäksi. Toisin sanoen kunta ei voi kiertää PL 19 §:n 3 momenttia asettamalla ikääntyneitä henkilöitä jonoon määrärahasyistä. Käytännössä siis palvelun täytäntöönpanoon tai tosiasialliseen toteuttamiseen on varattava myös tarpeelliset määrärahat eivätkä esimerkiksi hallinto- tai palveluhenkilökunnan lomat tai muut sen kaltaiset syyt liene oikeutusperusteita palvelun tosiasiallisen saamisen lykkääntymiseen.

Myöskään palvelun järjestämistapa ei vähennä kunnan vastuuta palvelun järjestämisestä PL 19 §:n 1 ja 3 momenttien edellyttämällä tavalla. Ratkaisussa *AOA 6.4.2011 (dnro 359/4/2010)* oli kyse kotipalvelun tukipalveluna järjestetystä kauppakassipalvelusta, jonka kunta osti yksityiseltä palveluntuottajalta. AOA totesi yleisellä tasolla, että mikäli kunta valitsee järjestää palvelunsa ostamalla ne yksityiseltä palveluntarjoajalta, on sen varmistuttava siitä, että palvelun laatu vastaa kunnallisesti järjestetyn vastaavan palvelun laatua. AOA korosti tässä yhteydessä kunnan velvollisuutta valvoa palvelun laatua ja kunnallisten toimielinten ja viranhaltijoiden aktiivista velvollisuutta ryhtyä toimenpiteisiin, mikäli palvelun laadussa havaitaan puutteita tai jos palvelun järjestäminen vaarantaa asiakkaan yksilöllisen edun. AOA arvioi kauppakassipalvelun olevan olennainen ja tärkeä palvelu asiakkaan itsenäisen selviytymisen kannalta, mikä korostaa AOA:n mukaan palvelun tosiasiallisen järjestämistavan merkitystä asiakkaalle. Tapauksessa erityisen mielenkiintoista oli AOA:n arvio siitä, että asiakkaalle tulisi antaa sellaiset tiedot, joilla on merkitystä palvelun laadun arvioimisen kannalta. AOA:n mukaan kauppakassipalvelun laatuun vaikuttavia seikkoja olisivat muun muassa ostoskorin sisällön hinta, monipuolisuus, tuoreus ja ravintoarvot.

Voitaneen todeta, että AOA on tunnistanut erityisesti yksityisesti tuotettujen palvelujen osalta asiakkaan saaman tiedon erityinen merkityksen palvelun käyttämiselle ja valvonnalle. Tiedon merkitys ilmeni myös ratkaisussa *AOA 27.6.2012 (dnro 3960/4/2010)*, jossa arvioitiin palvelun laatua suhteessa palvelun järjestämiseen palvelusetelin avulla. Myös palvelusetelillä hankittujen palveluiden tulee vastata kunnan vastaavia palveluja ja palvelusetelin kautta ostettuja palveluita koskee kunnan valvontavelvollisuus. Tapauksessa ongelmalliseksi nousi lopulta AOA:n arvion mukaan se, että palveluista saatava tieto ei mahdollistanut palvelun tuottajan hoitohenkilökunnan osaamisen vertailua. AOA:n mukaan palveluperiaatteeseen kuuluva asianmukainen palvelu, asiakaslähtöisyys ja neuvontavelvollisuus korostuivat palvelusetelimallissa, jossa henkilön on itse tarkoitus valita mitä palvelua hän käyttää.

Tiedon merkityksen korostamisen voidaan katsoa kuvastavan laajemmalla tasolla oikeudellisen arvioinnin fokusoitumista oikeuksien tosiasialliseen toteutumiseen. Sosiaalisten perusoikeuksien toteutumisen kannalta ei näyttäisi siis riittävän, että turvataan jokin tietty laadullinen ihmisarvoisen elämän taso yleisesti (”minimieksistenssi”), vaikka sellaisen voitaisiin katsoa olevan teoriassa olemassa. Sen sijaan eduskunnan oikeusasiamies on arvioinut kokonaisvaltaisesti yksilötasolla palvelun vastaavuutta ikääntyneen henkilön palveluntarpeeseen ja palvelun vaikutuksia ikääntyneen henkilön tosiasialliseen elämäntilanteeseen.

Edellä selvitetystä valvontaratkaisusta huolimatta eduskunnan oikeusasiamies on todennut viimeksi vuoden 2017 toimintakertomuksessaan, että laillisuusvalvonnan keinoin ei ole mahdollista valvoa kattavasti kunnan järjestämien kotona annettavien palvelujen riittävyyttä ja laatua¹⁸⁵. Tämän tutkielman puitteissa eduskunnan oikeusasiamiehen huomio vahvistaakin huolta ikääntyneen henkilöiden kotona annettavan huolenpidon tosiasiallisesta toteutumisesta kunnissa, jos huolenpitoa ei todellisuudessa valvota kattavasti perus- ja ihmisoikeudellisesti herkissä instituutioissa kuten eduskunnan oikeusasiamiehen toimesta.

Päätän tähän Euroopan sosiaalisen peruskirjan ja Suomen perustuslain varsinaisen systematisointi- ja tulkintatyön. Tutkielman seuraavissa osissa sosiaalisia perus- ja ihmisoikeuksia tarkastellaan lähinnä harkintavallan ja niiden toteutumisen näkökulmasta eikä niinkään perus- ja ihmisoikeusinstrumenttien sisältä käsin. Systematisoinnin kautta olen tähän mennessä käsitellyt soveltamistapaa, tulkintamahdollisuuksia, argumentteja ja oikeuttamisperusteita, jotka ovat auttaneet sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien merkityksen hahmottamisessa. Tärkeimpinä seikkoina esiin ovat nousseet sosiaalisten oikeuksien dynaamisuus ja tavoiterationaalisuus, sosiaalihuollon hajautettu järjestäminen ja laaja harkintavalta sekä ikääntyneiden henkilöiden kotiin annettavan sosiaalihuollon perus- ja ihmisoikeudellinen legitimaatio. Samalla olenkin ehdottanut tutkielmassani eräänlaista perus- ja ihmisoikeudellista soveltamismallia, joka suojaa ikääntyneen henkilön kotiin annettavaa huolenpitoa. Seuraavaksi siirryn tarkastelemaan sosiaalisia oikeuksien toteuttamista ja ikääntyneen henkilön huolenpitoa kotonaan erityisesti harkintavallan näkökulmasta.

¹⁸⁵ Eduskunnan oikeusasiamiehen toimintakertomus 2017, s. 251.

4. Harkintavaltaoppi suomalaisen oikeustieteen näkökulmasta

Tässä vaiheessa lukijalle lienee jo hahmottunut ikääntyneen henkilön kotiin annettavan huolenpidon toteutumisen arviointiin liittyvä perusjännite. Hyvinvointivaltiossa sosiaalisten oikeuksien dynaaminen ja kokonaisvaltainen luonne edellyttää vapausoikeuksista poikkeavaa tulkinta- ja soveltamismallia, jossa oikeuksien toteutumista tarkastellaan esimerkiksi pidemmällä aikavälillä ja suhteessa empiiriseen asiantuntijatietoon. Oikeudellisen sääntelyn avoimuus on edellytys riittävälle yksittäistapaukselliselle harkintavallalle, mutta samalla harkintavaltaratkaisut tehdään hallinnollisessa todellisuudessa, jossa sosiaalisia perus- ja ihmisoikeuksia edistävän toiminnan ohella muun muassa säästötavoitteisiin pyrkivä poliittis-taloudellinen ohjaus on jatkuvasti läsnä.

Tutkielman seuraavassa osassa syvennän harkintavaltateoreettisen näkökulman kautta hyvinvointivaltiollisen sääntelyn ja sosiaalisten oikeuksien muodostumista oikeuden ja politiikan risteyksissä. Tarkastelen kuinka oikeudelliset normit suojaavat, mutta toisaalta myös sisäistävät ja edellyttävät poliittis-taloudellista ohjausta sosiaalisten oikeuksien soveltamisessa. Pyrin hahmottamaan, kuinka viranomaisen valtaa ja vastuuta valita erilaisten päätöksentekovaihtoehtojen välillä voidaan lähestyä oikeudellisesti ja suhteuttaa sosiaalisten oikeuksien aineellisen sisällön muodostumiseen, velvoittamistapaan ja toteutumiseen. Osin teoreettisen näkökulman tarkoituksena on mahdollistaa ikääntyneen kotiin annettavan huolenpidon oikeudellinen tarkastelu monitasoisena, ristiriitaisena sekä läheisesti oikeuden, politiikan, talouden ja asiantuntijavallan keskinäissuhteiden kautta rakentuvana ilmiönä. Harkintavallan tarkastelu on nähdäkseni myös näkökulma, joka yhdentää *law in books* ja *law in action* -näkökulmia lainopillisen tutkimuksen sisällä. Samalla käsittelen tutkimuskysymystäni ” Miten harkintavalta vaikuttaa ikääntyneiden kotiin annettavia sosiaalihuollon palveluihin ja laajemmin sosiaalisten oikeuksien toteuttamiseen hyvinvointivaltiossa? ”

Käsittelen aluksi perinteistä merikoskelaiseen erotteluun perustuvaa harkintavaltaoppia, koska vanhentuneisuudestaan huolimatta se suuntaa edelleen monia nykyään käsiteltyjä harkintavaltateoreettisia näkökulmia ja kysymyksenasetteluja. Samalla suhteutan hyvinvointivaltiollisen sääntelyn aiheuttaman muutoksen¹⁸⁶ harkintavaltateoreettiseen ajatteluun. Perinteisen laillisuus- ja tarkoituksenmukaisuusharkinnan erottelun käsittely saattaa myös paljastaa sellaisia formalistisen oikeudellisen ajattelun haamuja, jotka vaikuttavat edelleen oikeuksien

¹⁸⁶ Viittaan tässä tutkielman johdanto-osassa käsiteltyyn oikeuden ja politiikan välillä tapahtuneeseen muutokseen, jonka paikannan hyvinvointivaltiossa oikeuden käyttämiseen politiikan ensisijaisena välineenä.

toteutumisen ajattelemiseen mustavalkoisesti suppeana lainmukaisuuden kysymyksenä. Tällainen lainmukaisuuden mustavalkoinen ajattelu on ongelmallista hyvinvointivalttiollisen sääntelyn ja sosiaalisten oikeuksien luonteen kannalta. Suurin osa luvusta käsittelee erityisesti sosiaalioikeudellisia harkintavaltakysymyksiä ja lopuksi vielä erityisesti suhteessa sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien toteutumiseen.

4.1 Yleinen hallinto-oikeudellinen harkintavaltaoppi

4.1.1 Perinteinen kahtiajako laillisuus- ja tarkoituksenmukaisuusharkintaan

Harkintavalta viittaa viranomaisen päätöksentekoautonomaan ja -vastuuseen tilanteessa, jossa on kyse pääasiassa muun kuin ns. rutiinitapauksen ratkaisemisesta. Päätöksenteko edellyttää näin ollen viranomaiselta useamman eri ratkaisuvaihtoehdon välillä valitsemista.¹⁸⁷ Viranomaisen harkintatilanne voi muodostua säännökseen sisältyvien yksittäisten käsitteiden soveltamiseen liittyvän avoimuuden perusteella¹⁸⁸, mutta säännös on voitu myös kirjoittaa rakenteeltaan harkintavaltaa luovaksi¹⁸⁹ tai säännöksessä on voitu nimenomaisesti todeta asian jäävän viranomaisen harkintaan¹⁹⁰.¹⁹¹ Harkintavaltaa itsessään on moderniin hyvinvointivaltion hallintoon kuuluva tarpeellinen instituutio. Tämä pätee erityisesti sellaisissa asiaryhmissä, joissa päätöksenteossa on pääosin kyse muusta kuin oikeudellisesta asiantuntijuudesta¹⁹². Oikeudellisesta näkökulmasta viranomaisen harkintavallan ongelmallisuus nousee sosiaali- ja terveydenhuoltoa järjestävässä hyvinvointivaltion hallinnossa laillisuusperiaatteen ja tavoitesidonnaisia joustavia normeja suosivan sääntelymallin välisestä jännitteestä, joka on edelleen monimutkaistunut, kun

¹⁸⁷ Laakso 2006, s. 303; Syrjänen 2000, s. 407; Lämsineva 1998, s. 268; Konstari 1979, s. 2 ja Merikoski 1968a, s. 52.

¹⁸⁸ Tyypillisesti sosiaali- ja terveydenhuollossa käytetään avoimiin joustaviin normeihin perustuvaa sääntelymallia, jossa esimerkiksi käsitteet ”tarve”, ”riittävä” tai ”etu” määrittävät palvelun saamisedellytyksiä tai laatukysymyksiä. ks. joustavista normeista ja niiden perusteella syntyvästä harkinnasta esimerkiksi Mäenpää 2017, s. 287 ja erityisesti sosiaali – ja terveydenhuollossa Kotkas 2014, s. 46.

¹⁸⁹ Kotkas viittaa esimerkiksi sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionavustuksesta annetun lain (733/1992) kunnan toiminnan järjestämistä koskevaan 4 §:ään varsin laajan tarkoituksenmukaisuusharkinnan piiriin kuuluvana normina. Kotkas 2014, s. 43. Kyseisessä normissa harkinta ei muodostu niinkään yksittäisten monitulkintaisten käsitteiden tai muutoin normin moniselitteisyyden perusteella vaan säännöksen sanamuodon rakenteen vuoksi, jossa nimenomaisesti annetaan monia eri vaihtoehtoja kunnalle järjestää palvelunsa.

¹⁹⁰ Esimerkiksi ehkäisevää toimeentulotukea koskeva toimeentulotukilain (1412/1997) 13 §:n 1 momentti: ”Kunta myöntää päättamiensä perusteiden mukaan ehkäisevää toimeentulotukea 1 §:n 2 momentissa mainittujen tavoitteiden saavuttamiseksi.”

¹⁹¹ Kalliomaa-Puha ym. mukaan harkintavalta voi syntyä ensinnäkin lainsäätäjän nimenomaisesti antaessa viranomaiselle harkintavaltaa ja toiseksi lainsäädännön luonteen vuoksi Kalliomaa-Puha ym. 2014, s.8.

¹⁹² Kotkas 2014, s. 57.

hyvinvointivaltiolle tyypillisen asiantuntijavaltaan perustuvan kattavan ja keskitetyn normiohjauksen rinnalle on muodostunut viranomaistoiminnan joustavuutta, tehokkuutta ja rajallisuutta sekä asiakkaan itsemääräämisoikeutta korostavia sääntelymalleja. Samalla oikeusturvatakeiden ja perus- ja ihmisoikeuksien merkitys on kasvanut, mikä vaikuttaa menettelyllisten vaatimusten lisäksi harkintavaltaratkaisujen sisältöön.¹⁹³

Suomalaisessa oikeustieteellisessä harkintavaltaa koskevassa tutkimuksessa on perinteisesti tehty ero laillisuus- ja tarkoituksenmukaisuusharkinnan välillä. Erottelun taustalla on ajatus siitä, että viranomainen ottaa päätöksenteossaan huomioon oikeudellisten normien lisäksi muita, kuten poliittisesti asetettuja päämääriä ja tavoitteita, jolloin oikeudellisesta näkökulmasta on olennaista tunnistaa harkinnan sisällä oikeudellisesti sitovat elementit, joiden osalta harkintaa luonnehditaan sidotuksi eli oikeus- tai laillisuusharkinnaksi. Oikeusharkinnan ulkopuolelle jäävää harkintaa kutsutaan vapaaksi harkinnaksi tai tarkoituksenmukaisuusharkinnaksi. Harkintavaltalajien erottelua voidaan tarkastella myös oikeuslähteiden näkökulmasta, jolloin oikeusharkinnassa oikeuslähteet määrittävät ratkaisun sisällölliset harkintakriteerit, mutta tarkoituksenmukaisuusharkinnassa oikeuslähteet määrittelevät ainoastaan kielletyt harkintakriteerit.¹⁹⁴

Laillisuus- ja tarkoituksenmukaisuusharkinnan erottelua koskevaa doktriinia käsiteltäessä nostetaan oikeuskirjallisuudessa usein esiin Veli Merikoski, joka teoksessaan *Vapaa harkinta hallinnossa* (1968) systematisoi opin perusteet suomalaisessa oikeustieteessä¹⁹⁵. Merikoski katsoi sidotun harkinnan olevan sellaista, jonka osalta oikeudelliset normit selvästi osoittavat miten viranomaisen on toimittava tai ratkaistava asia¹⁹⁶. Vapaan harkinnan Merikoski katsoi muodostuvan siitä ratkaisuvallasta, joka jäi viime kädessä jäljelle, kun hallinnon oikeusperiaatteiden kuten tarkoitussidonnaisuusperiaatteen, objektiviteettiperiaatteen sekä suhteellisuus – ja yhdenvertaisuusperiaatteen asettamat vaatimukset otettiin huomioon (*”varsinainen vapaaharkintainen toimiala”*)¹⁹⁷.

¹⁹³ Hallinnon ja sääntelyn muutoksesta hyvinvointivaltion ja modernin hallinnon näkökulmasta Mäenpää 2013, s.38-49. Harkintavallan ja oikeusvaltion suhteesta sekä harkintavallan tarpeellisuudesta osana yhteiskunnan ja oikeuden muutosprosessia Lämsineva 1998, s. 263. Samoin harkintavallasta lainalaisuusvaatimuksen näkökulmasta Laakso 2006, s. 303-307 ja Kotkas 2014, s. 40-43. Hyvinvointivaltiollisesta yhteiskuntasuunnittelusta suhteessa oikeudelliseen päätöksentekoteoriaan Aer 2005, s. 63 ja viranomaistoiminnan sääntelystä yleislausekkeilla modernin julkioikeuden perusongelmana Aer 2000, s. 23.

¹⁹⁴ Mäenpää 2017 s. 282-283; Laakso 2006, s.307, Aer 2000, s. 160-161; Syrjänen 1999, s. 40 ja s.58 sekä Merikoski 1968, s. 36 ja 88.

¹⁹⁵ esim. Kotkas 2014, s. 45, Mäenpää 2008 s. 137; Aer 2005, s. 11-13 ja Syrjänen 1999, s. 53.

¹⁹⁶ Merikoski 1968, s. 37.

¹⁹⁷ Merikoski 1968, s. 88.

Merikosken mukaan hallintotoimia ei voitu kuitenkaan jakaa kokonaan sidottuihin ja kokonaan vapaaharkintaisiin eikä toisin sanoen raja sidotun ja vapaan harkinnan välillä ollut käytännössä yleisillä säännöillä osoitettavissa.¹⁹⁸ Merikoski tunnisti esimerkiksi hallintolupien suhteen, että hallintotoimeen ryhtyminen on saatettu sitoa sellaisiin aineellisiin edellytyksiin, jotka olisi ratkaistava laillisuusharkinnalla ennen vapaan harkinnan käyttämistä itse hallintotoimeen ryhtymiseen¹⁹⁹. Jo Merikosken teoriaan siis sisältyi ajatus siitä, että harkintavallan laajuus tai muoto käytännössä vaihteli riippuen lain säännöksistä ja oikeuskäytännössä tehdyistä tulkinnoista, vaikka teoreettisesti ja normatiivisesti hän teki jyrkän eron vapaan ja sidotun harkinnan välille. Merikoski katsoi erottelun sinänsä perustuvan voimassa olevaan oikeusjärjestykseen ja piti tärkeänä sitä, että lainsäätäjät ilmaisisi selkeästi, milloin tarkoituksena oli jättää hallintotoiminta vapaaseen harkintaan²⁰⁰. Hänen mukaansa rajanvedossa oli kyse ”jatkuvasti käynnissä olevasta oikeussuoja- ja tehokkuusvaatimusten yhteensovittamisesta”²⁰¹.

Merikoski katsoi joustavien oikeusnormien soveltamisen kuuluvan oikeusharkinnan piiriin ja että tuomioistuimen tehtävä oli selvittää lainsäätäjän tarkoittama normin luonne²⁰². Hänen mukaansa joustavien normien lisäksi todistusharkintaa, arvo- ja astearvostelmia ja kokemussääntöjä koskevat normit kuuluivat oikeusharkintaan²⁰³. Merikoski piti oikeusharkintaa koskevassa teoriassaan kiinni yhden ainoan ratkaisun vaatimuksesta, joka tarkoitti hänen ajattelunsa puitteissa sitä, että oikeusharkintaan kuuluvassa ratkaisussa muutoksenhakuasteen pitäisi oikaista ratkaisua, jos se päättyy asiassa toiseen tulokseen riippumatta siitä, miten tai millä perusteilla tuomioistuin sinänsä päättyy ratkaisuun²⁰⁴. Sen sijaan Merikosken teoriassa vapaassa harkinnassa oli oikeudellisesti arvioiden mahdollista päätyä pitämään kahta tai useampaa vaihtoehtoa samanarvoisina²⁰⁵.

Aer on katsonut Merikosken doktriinia koskevassa artikkelissaan, että Merikosken 1940 ja 1950-lukujen yhteiskunnan ja hallinnon muutoksia legitimoinut harkintavaltateoria ei enää pystynyt

¹⁹⁸ Merikoski 1968, V-luku erilaisista hallintotoasioista ja s. 36 ja 57 sidotun ja vapaan harkinnan rajanvedosta.

¹⁹⁹ Merikoski 1968a, s. 60.

²⁰⁰ Merikoski 1968a, s. 77. ks. Merikosken metodologisista käsityksistä suhteessa käsitelainoppiin Aer 2005, s. 18.

²⁰¹ Merikoski 1968a, s. 54.

²⁰² Merikoski 1968, s.53-54 ja Merikoski 1968a, s. 57-59.

²⁰³ Merikoski 1968a, s. 56-58.

²⁰⁴ Merikoski 1968, s.56. Aerin artikkelin perusteella Merikosken yhden ainoan ratkaisun vaatimusta on tarkasteltava suhteessa ratkaisun justifikaatiota ja tuomioistuinkontrollin oikeusvaltiollista roolia koskevaan ajatteluun eikä Merikosken käsitys sinänsä perustunut oletukseen lainkäyttöpäätöksen syntymisestä formaalis-loogisena päätelmänä Aer 2005, s. 45-46 ja s. 39. Ks. myös yhden ainoan ratkaisun teoreettisesta merkityksestä Merikoskelle ”regulatiivisena ideaalina” Tuori 2007, s. 189.

²⁰⁵ Merikoski 1968a, s. 60.

ottamaan huomioon 1960 ja 1970-luvun hyvinvointivaltion kehittymiseen liittyviä kysymyksiä, joissa myös oikeudellista päätöksentekoa ryhdyttiin tarkastelemaan tavoitteellisena toimintana²⁰⁶. Monet nykyään voimassa olevat sosiaalioikeudelliset instituutiot ja palvelujärjestelmät ovat saaneet alkunsa juuri toisen maailmansodan jälkeen 1960 ja 1970-luvuilla²⁰⁷. Kysymys on oikeuden ja politiikan suhteessa tapahtuneesta muutoksesta, joka on tämän tutkielman puitteissa paikannettu hyvinvointivaltioiden kehittymiseen ja sen myötä pyrkimykseen toteuttaa sosiaalipoliittisia tavoitteita ensisijaisesti oikeudellisen sääntelyn keinoin.

Voidaankin todeta, että yksinään perinteisen laillisuus- ja tarkoituksenmukaisuusharkintaa koskevan teoreettisen erottelun kautta on hankala päästä käsiksi moniin nykyään sosiaalioikeudellisesti olennaisiin harkintavaltakysymyksiin. Ennen kaikkea taustalla on kyse hyvinvointivaltiossa turvattujen sosiaalipoliittisten tavoitteiden sisällöllisestä toteuttamisesta yhä suuremmassa määrin oikeudellisen päätöksenteon kautta. Hyvinvointivaltiollinen sääntely ja sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien sisällöllinen voimistuminen edellyttävät harkintavaltateorialta perinteistä kahtiajakoa analyttisempaa otetta, jossa esimerkiksi tosiasiakysymyksiä, harkintavallan laajuutta ja oikeuslähteoppeja tarkastellaan toisistaan erillisinä, mutta toisiinsa suhteutettuina ilmiöinä.²⁰⁸

Keskeiset Merikosken harkintavaltateoriaa koskevat lähtökohdat ovatkin sittemmin vanhentuneet tai suhteellistuneet jo ennen 2000-lukua ja perusoikeusuudistusta. Harkintavaltaa koskevassa hallinto-oikeudellisessa tutkimuksessa tuotiin muun muassa esiin erottelun mahdottomuus, harkinnan ulottuminen koko päätöksentekoprosessiin, tulkinnan ja harkinnan erottelun suhteellisuus, yhden ainoan ratkaisun kritiikki ja tarkoituksenmukaisuusharkinnan alan supistuminen oikeuden ja yhteiskunnan muutoksen myötä. Toisaalta kahtiajakkoon perustuva doktriini ehti vaikuttaa merkittävästi hallinto-oikeudelliseen ajattelutapaan ja käsitteellistämiseen, minkä vuoksi kahtiajako on välittynyt nykyiseenkin harkintavaltateoriaa koskevaan tutkimukseen.²⁰⁹

²⁰⁶ Aer 2005, s. 61–65 sekä myös Syrjänen 1999, s. 54. Ks. myös *Vapaa harkinta hallinnossa* teoksen de lege ferenda-osio, jossa Merikoski puolustaa vapaata harkintaa suhteessa yhteiskunnalliseen muutokseen s.273. Myös Merikoski 1968a, s. 52–54.

²⁰⁷ ks. Institutionaalisen hyvinvointivaltion synnystä Suomessa Tuori s. 109–121 ja Arajärvi 2011, s. 100.

²⁰⁸ Tarukannel 2002, s. 65; 69; 72 ja 99.

²⁰⁹ Esimerkiksi Mäenpää, Olli. *Hallinto-oikeus*. WSOY, Juva. 1991, s. 268–272; Mäenpää, Olli. *Hallintolupa*. Suomen lakimiesliiton kustannus Oy. 1985, s. 147–149 ja Holopainen, Toivo. *Lainmukainen ja oikea hallintolainkäyttö*. Teoksessa Juhlajulkaisu Aarne Nuorvala 1912–18/4–1982. Suomalainen lakimiesyhdistys. 1982., s. 80–85. Myös Syrjänen 1999, s. 58–62.

Laillisuus- ja tarkoituksenmukaisuusharkinnan erottelu näyttää vielä nykyäänkin säilyttävän periaatteellisen vallan kolmijakoon perustuvan yleisen lähtökohdan aseman erityisesti suhteessa lainkäyttökontrollin laajuuteen ja oikeussuojajärjestelmän kehittämiseen²¹⁰. Joka tapauksessa laillisuus- ja tarkoituksenmukaisuusharkinnan erottelun olennaisuutta heikentävä seikka on kahtiajaon toiseen päähän kuuluvan tarkoituksenmukaisuusharkinnan supistuminen lähes olemattomiin lainsäädännön ja muun normiohjauksen kattavuuden sekä hallinnon yleisten oikeusperiaatteiden, Euroopan unionin ja perus- ja ihmisoikeuksien oikeudellisen voimistumisen myötä²¹¹.

Mielestäni on myös kiinnostavaa ajatella, että mahdollisesti laillisuus- ja tarkoituksenmukaisuusharkinnan tiukka erottelu teoriana kuvastaa edelleen sellaista hyvin voivaa oikeudellista ajattelua, jossa oikeuksien toteutumista arvioidaan mustavalkoisesti joko laillisena tai kiellettyinä, mutta ei siltä väliltä. Itse ajattelen, että esimerkiksi ikääntyneiden henkilöiden kotona annettavan huolenpidon toteutuminen on oikeudellisesti jatkuvassa monitasoisessa ristiriitaisessa liikkeessä selvästi laillisen ja kielletyn välillä. Tästä voidaan toki erikseen erottaa eri oikeudellisten instituutioiden kuten hallintotuomioistuimien rooli, joiden tehtävänä voi olla yksittäistapauksen ratkaiseminen tai oikeuskäytännön yhtenäistäminen ja siihen liittyen ratkaisujen legitimointi. Erotteluteorian tarkoituksenmukaisuus joillakin yhteiskunnan tai oikeusjärjestelmän alueilla ei kuitenkaan estä oikeustieteen ja lainopin piirissä ajattelemasta sosiaalisten oikeuksien toteutumista kahtiajakoa huokoisemmasta näkökulmasta.

4.1.2 Kahtiajaosta tapauskohtaiseen harkintaan

Vaikka katsoin edellä, että tiukalla laillisuus- ja tarkoituksenmukaisuusharkinnan erottelulla saattaa olla vielä nykyäänkin hiljaista ajattelua suuntaavaa merkitystä, on oikeustieteen piirissä harkintavaltaoppia koskeva ajattelu kehittynyt selkeästi myös kohti toisenlaista suuntaa. Tarukannel on korostanut, että viranomaisen harkintavaltaa koskeva kysymys on kahtiajakoerottelua

²¹⁰ Mäenpää 2017, s. 283; Tuori, 2016, s. 138; Kulla 2014, s. 34; Mäenpää 2008, s. 139; Aer 2005, s. 70 ja Konstari 1979, s. 79. Näin siitä huolimatta, että korkeimmasta hallinto-oikeudesta annetun lain (1265/2006) 2 §:n 2 momentin siirtosäännös poistettiin 1.1.2016 voimaan tulleella lailla (892/2015). Samalla kuitenkin hallintolainkäyttölakia muutettiin siten, että valituksen voi tehdä vain laillisuusperusteella, mistä ei ollut aiemmin nimenomaista mainintaa. Kummallakaan pykälämuutoksella ei ollut tarkoitus muuttaa säännöksiä soveltamisalaa tai nykyistä käytäntöä vaan ainoastaan selvittää oikeustilaa (HE 234/2014 vp, s. 53 ja 56). Edelleen myös kuntalain (410/2015) kunnallisvalitusta koskeva 135 §, joka rajaa valitusperusteet lainvastaisuuteen, antaa oman institutionaalisen tuen erottelulle.

²¹¹ Mäenpää 2017, s.282, Mäenpää 2008, s. 138, Kotkas 2014, 41-42 ja Syrjänen 2000, s. 408.

syvällisempi ja hienojakoisempi. Hänen mukaansa viranomaisen harkintavaltaa tulisi käsitellä yleisluonteisten oikeudellisten käsitteiden lisäksi aina juttukohtaisesti. Tarukannel on todennut lainkäytön näkökulmasta, että harkintavaltakysymyksen riittämätön analyysi voi johtaa yksioikoiseen hallintoviranomaisen päätöksen hyväksymiseen.²¹² Mäenpään mukaan nykyään harkintavalta tulisikin hahmottaa asteittain vaihtuvaksi ja liukuvaksi riippuen yksittäistapauksessa harkintavaltaa määrittävistä normeista²¹³. Edelleen Mäenpää on tuonut esiin, että nykyään harkintavallan arvioinnissa on otettava huomioon myös sellaisia kriteerejä kuin sovellettavan normiston kokonaisuus, oikeuskäytäntö ja soveltamiskäytännön yhdenmukaisuus, harkittavan asian luonne ja harkintavallan rajoitusperiaatteet. Johtopäätöksenä Mäenpää esittää, että modernissa hallinnossa harkintavallan laajuus vaihtelee lainsäädännössä selvästi ja ehdottomasti subjektiivisina oikeuksina turvatuista normeista laajaan harkintavaltaan perustuvaan sääntelyyn, jossa harkinnan perustana voivat olla poliittiset tarkoituksenmukaisuusnäkökohdat.²¹⁴

Myös harkintavallan väärinkäyttöön sisältyvää harkintavallan ylittämistä ja alittamista on siis arvioitava asiaryhmä- ja tapauskohtaisesti. Harkintavallan ylittämällä tarkoitetaan harkintavaltaan sisältyvien oikeudellisten rajojen ylittämistä. Oikeudelliset rajat taas muodostuvat nykyisessä harkintavaltateoriassa hyvinkin erilaisten oikeudellisten elementtien kautta riippuen harkintavaltatilanteesta ja sen taustalla olevista säännöksistä sekä muista oikeudellisista normeista. Harkintavallan ylittämisestä voi olla kyse esimerkiksi hallinnon oikeusperiaatteiden tai lain tarkoituksen vastaisessa päätöksessä. Harkintavallan alittamisessa taas on kyse siitä, ettei viranomainen käytä sille kuuluvaa harkintavaltaa, mikä voi ilmetä esimerkiksi kaavamaisina päätöksinä tapauksessa, jossa viranomainen on velvollinen tekemään yksilökohtaista harkintaa.²¹⁵ Laakson mukaan harkintavallan alitus ei ole suomalaisessa hallintolainkäytössä kuitenkaan vakiintunut päätöksen virheellisyysperusteena vaan ratkaisut perustellaan usein suoraan sisällöllisellä lainvastaisuudella²¹⁶. Harkintavallan alitus voi kuitenkin olla käyttökelpoinen käsite arvioitaessa viranomaisen harkintavallan muotoa ja laajuutta esimerkiksi kunnan eri tasoilla toimivien viranomaisten keskinäisissä suhteissa.

²¹² Tarukannel 2002, s. 72-74.

²¹³ Mäenpää 2017, s. 284.

²¹⁴ Mäenpää 2017, 284-285 ja Mäenpää 2008, s. 138.

²¹⁵ Mäenpää 2017, s. 292-293; Laakso 2006, s. 314-315 ja Syrjänen 1999, s. 56.

²¹⁶ Laakso 2006, s. 315.

Laakso on esittänyt harkinnan laadun määräytymiseen liittyviä tulkintaohjeita lain säännöksen ollessa epäselvä. Hänen mukaansa rajanvetoa voitaisiin tehdä päätöksen velvoittavuuden ja rajoittavuuden perusteella, jolloin esimerkiksi etuuksien takaisinperimisessä ja hallinnollisissa sanktioissa olisi lähtökohtaisesti kyse laillisuusharkinnasta ja edunsoovissa päätöksissä tarkoituksenmukaisuusharkinnasta, ellei edunsoovan päätöksen saamisedellytyksiä ole asetettu lainsäädännössä kattaviksi ja ehdottomiksi.²¹⁷ Myös sosiaalioikeudellisessa sääntelyssä voidaan tehdä jaottelua esimerkiksi etuuksien takaisinperimiseen ja myöntämiseen liittyviin erilaisiin oikeusturvaelementteihin²¹⁸. Aer on tehnyt saman tapaista velvoittavuuteen perustuvaa jaottelua lastensuojeluviranomaisen harkintavallan osalta suhteuttamalla lastensuojelulain mukaisia avohuollon tukitoimia ja tahdonvastaisia toimenpiteitä laillisuus- ja tarkoituksenmukaisuusharkinnan erotteluun ja yleisemmin harkintavallan laajuuteen²¹⁹. Erityisesti sosiaalipalveluiden kohdalla yksin velvoittavuuden perusteella tehtävä harkintavallan muodon tai laajuuden arvioiminen on kuitenkin suhteellista, koska palvelu saattaa samanaikaisesti sekä rajoittaa että oikeuttaa asiakasta tai asiakkaan tosiasiallinen mahdollisuus kieltäytyä väljästi säännellystä vapaaehtoisesta palvelusta voi olla vähäinen. Vaikutusmahdollisuuksien heikkous korostuu, jos palvelu turvaa asiakkaan perustarpeita tai asiakas ei pysty itse ymmärtämään tilannettaan tai siihen liittyvää hallinnollista prosessia.

Nykyisessä harkintavaltateoriassa joustavien normien sijoittaminen laillisuus- tai tarkoituksenmukaisuusharkinnan piiriin taikka siihen liittyvä normin luonteen selvittäminen ei vaikuta enää sillä tavalla merkitykselliseltä kuin merikoskelaisessa teoriassa, koska sekä joustavien normien tulkinta että viranomaisen harkinta teoreettisesta luonteestaan riippumatta on joka tapauksessa lähes aina erilaisten suhteellisen tapauskohtaisten oikeudellisten kriteerien sitomaa. Yleisten hallinnon oikeusperiaatteiden merkitys näyttäisi voimistuneen siinä mielessä, että ne muodostavat periaatteessa sellaiset oikeudelliset minimiehdot, jotka on otettava huomioon kaikessa hallinnollisessa harkintavallan käyttämisessä mukaan lukien tosiasiallinen hallintotoiminta, jossa ei tehdä varsinaisia hallintopäätöksiä. Erityisesti hallinto-oikeuden yleisiin oikeusperiaatteisiin

²¹⁷ Laakso 2006, s. 310-313.

²¹⁸ Erottelu näkyy esimerkiksi sosiaalihuollon oikeusperiaatteissa, joissa tahdosta riippumattomia toimenpiteitä koskevat laintulkintaan perustuvat oikeusharkintaa supistavat oikeusperiaatteet kun taas vapaaehtoisten avohuollon palveluiden kohdalla korostuvat esimerkiksi asiakkaan osallisuutta korostavat periaatteet. Ks. sosiaalihuollon oikeusperiaatteista Tuori 2016, s. 197.

²¹⁹ Aer 2012, s. 55-56.

kuuluva tarkoitussidonnaisuuden periaate sitoo viranomaisen harkintaa lain tavoitteisiin myös väljiin säännöksiin perustuvassa harkinnassa.²²⁰

Myös sinänsä kaikessa hallinnollisessa harkintavallan käyttämisessä huomioon otettavat yleiset hallinto-oikeudelliset periaatteet voivat saada tosiasiaa erilaisia asiaryhmä- tai tapauskohtaisia merkityksiä ja niiden merkitys voi painottua eri tavoin. Samalla on myös niin, että viranomaisen harkintavaltansa rajoissa tekemien lainmukaisten ratkaisujen määrä voi vaihdella oikeusharkintaan kuuluvassa harkinnassa riippuen tapausta sitovista oikeudellisista normeista²²¹. Kulla on luonnehtinut nykyistä joustavia normeja ja harkintavaltaa koskevaa kotimaista oppia käytännönläheiseksi eikä yleistä joustavien normien soveltamiseen liittyvää arvionvaran kriteeristöä ole pidetty tarpeellisenä kehitellä²²². Huomio tulisi siis kiinnittää asiaryhmä- ja tapauskohtaisiin oikeussuojan ja harkinnan muotoihin eikä kahtiajakoon perustuvaan erotteluun²²³.

Viranomaisen harkintavaltaa eli viranomaisen velvollisuuksia koskevan ajattelun käänttöpuolella on luonnollisesti yksityisen oikeuksia koskeva teoria, jossa oikeuksia on jaoteltu niiden julkiseen valtaan kohdistuvan sitovuuden perusteella esimerkiksi perus- ja ihmisoikeuksiin, subjektiivisiin oikeuksiin, harkinnanvaraisiin oikeuksiin, niukkoihin etuihin, määrärahasidonnaisiin oikeuksiin tai yhteisiin oikeuksiin. Myös näihin jaotteluihin sisältyviä rajanvetoja on ollut osittain hankala tehdä eikä esimerkiksi subjektiivisten oikeuksien alasta voida sanoa olevan vakiintunutta yhteisymmärrystä.²²⁴ Suviranta on korostanut säännösten sanamuodon sijaan sääntelyn laajempaa kokonaisuutta arvioitaessa subjektiivisia oikeuksia²²⁵. On myös huomattava, että yksinään siitä voiko yksityinen saattaa tietyn oikeuden tuomioistuimen käsiteltäväksi, ei voida tehdä suoraan tulkintaa oikeuden luonteesta subjektiivisena oikeutena ja edelleen harkintavallan muotoa koskevaa yleistystä²²⁶.

²²⁰ ks. Hallintolain (434/2003) 6 § ja sitä koskeva hallituksen esitys (HE 72/2002 vp) s. 54. Yleisesti hallinnon oikeusperiaatteista ja niiden sitovuudesta Mäenpää 2017, s. 145 sekä tarkoitussidonnaisuuden periaatteesta Mäenpää 2017, s. 156 ja Laakso 2006, s. 339. Myös Konstari 1979, s. 67.

²²¹ Mäenpää 2017, s. 289.

²²² Kulla 2014, s. 37.

²²³ Mäenpää 2008, s. 147.

²²⁴ ks. jaotteluista Mäenpää 2017, s. 255-264; Suviranta 2006, s. 75 ja Tuori 2016, s. 213. Subjektiivisten oikeuksien alan täsmentymättömyys todetaan myös esimerkiksi sosiaalihuoltolain esitöissä HE 164/2014 vp, s. 12-13.

²²⁵ Suviranta 2006, s. 77.

²²⁶ ks. esim. Tarukannel 2002, s.73. Näin siis siitä huolimatta, että subjektiivisia oikeuksia koskevassa teoriassa usein todetaan, että subjektiiviset oikeudet pitäisi pystyä toteuttamaan viime kädessä tuomioistuimessa. Esimerkiksi Tuorin mukaan valitustietä korkeimpaan hallinto-oikeuteen voidaan käyttää argumenttina siitä, että etuus on tarkoitettu subjektiiviseksi oikeudeksi, mutta valitusoikeutta koskevat säännökset eivät anna yksiselitteistä vastausta etuuden luonteesta Tuori 2016, s.300.

Perinteinen laillisuus- ja tarkoitusemukaisharkinnan erotteluun perustuva doktriini on muotoiltu korostuneesti tuomioistuimen lainkäytön näkökulmaa silmällä pitäen²²⁷. Sosiaaioikeudellista ja esimerkiksi ikääntyneiden kotiin annettavia sosiaaihuollon palveluita koskevaa harkintaa saattaa kuitenkin useissa tapauksissa olla hyödyllistä käsitellä myös esimerkiksi yleisen laillisuusvalvonnan, sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien toteuttamisen tai viranomaisen päätöksenteon näkökulmasta ottaen erityisesti huomioon, että eräät keskeiset sosiaaiturvajärjestelmässä tapahtuvat harkintaratkaisut on rajattu tuomioistuinkontrollin ulkopuolelle²²⁸. Sosiaalisten oikeuksien toteuttamista koskevat harkintavaltakysymykset voivat koskea syvällisesti ja monitasoisesti suuren luokan yhteiskuntapoliittisia kysymyksiä, jolloin voidaan Tarukanteleen tavoin katsoa, että yksittäistä valitusta koskeva näkökulma ei ole riittävä ongelmakokonaisuuden ratkaisemiseksi²²⁹.

4.2 Harkintavaltaoppi sosiaaioikeudellisessa tutkimuksessa

Sosiaaioikeudella on oikeudenalana tiivis yhteys hallinto-oikeuteen etenkin sosiaaihuollon palvelujärjestelmän toimeenpanon ja menettelyiden osalta. Sosiaaioikeus eroaa kuitenkin yleisestä hallinto-oikeudellisesta tutkimuksesta eriytyneiden yleisten oppien, käsitteiden ja näkökulmiensa puolesta. Sosiaaioikeudella on hallinto-oikeuden ohella vahva side myös kunnallisoikeuteen ja valtiosääntöoikeuteen. Sosiaaioikeudellisen harkintavaltaa koskevan tutkimuksen voidaan katsoa täydentävän ja limittyvän osaksi yleistä hallinto-oikeudellista harkintavaltateoriaa.

Sosiaaioikeudellisen tutkimuksen piirissä käsiteltävät erityiset harkintavaltaa koskevat kysymykset liittyvät esimerkiksi kunnallisten virallislähteiden asemaan, kunnan määrärahapäätöksiin, sosiaaioikeudellisiin periaatteisiin sekä sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien sitovuuteen ja hyvinvointivaltiteoriaan.²³⁰

²²⁷ Ks. Aer 2000, s. 159. Lisäksi Aer on todennut hallinto-oikeuden oikeussuojajärjestelmän kehittyneen merikoskelaisen hallinto-oikeuden kestävimmäksi osaksi Aer 2005, s. 70. Ks. myös suoraan Merikosken *Vapaa harkinta hallinnossa-teoksen* de lege ferenda osio, joka keskittyy suurelta osin lainkäyttöön Merikoski 1967, s.283. Ks. myös Merikoski 1968a, s. 54-55, jossa Merikoski arvioi sidotun ja vapaan harkinnan erottelun oikeudelliskäytännöllistä merkitystä suhteessa lainkäyttöön.

²²⁸ esimerkiksi sosiaali – ja terveydenhuollon tosiasiallinen hoitotoiminta, joissa ei tehdä lähtökohtaisesti valituskelpoisia hallintopäätöksiä. ks. lisää Tuori 2016, s. 425. Jäljempänä esitettävällä tavalla tosiasiallisen hallintotoiminnan rajaaminen lainkäytön ulkopuolelle tarkoittaa samalla myös palvelun laatutekijöiden valvonnan rajaamista.

²²⁹ Tarukannel 2002, s. 100. Edellä sanottu ei luonnollisesti tarkoita sitä, etteivätkö myös hallintotuomioistuimet hyötyisi sellaisesta viranomaisen harkintavallan tarkastelusta, joka ei suoraan perustu lainkäyttönäkökulmaan.

²³⁰ Tuori 2016, s. 1-8 ja Arajärvi 2011, s. 80.

Myös sosiaalioikeudellisessa tutkimuksessa harkintavaltateorian lähtökohtana on pidetty erottelua laillisuus- ja tarkoituksenmukaisuusharkintaan vaikka erottelua on käytännössä vaikea tehdä ottaen erityisesti huomioon sosiaalioikeudellisen väljän joustavan sääntelyn tavoiteluonteisuuden, jonka vuoksi myös laillisuusharkinnaksi luonnehdittu harkinta edellyttää tavoiterationaalista toimintaa, joka saattaa muistuttaa muodollisesti perinteisessä doktriinissa tarkoituksenmukaisuusharkintaan kuuluvaa policy-tyyppistä päätöksentekoa. Tuori on esittänyt yleisiä kriteerejä laillisuusharkinnan perustaksi sosiaalioikeuden piirissä. Hänen mukaansa laillisuusharkinnasta on kyse aina tahdosta riippumattomista toimenpiteistä päätettäessä sekä subjektiivisena oikeutena turvatuun etuuden myöntämisestä ja jo myönnetyn etuuden lakkauttamisesta tai vähentämisestä.²³¹ Sosiaalihuollon palvelujärjestelmän osalta arviointi on kuitenkin haasteellisempaa kuin sosiaalietuusjärjestelmässä, jossa etuudet on turvattu suhteellisen yksityiskohtaisen sääntelyn avulla. Lisäksi kuten edellä esitettiin, nykyään teoreettisen laillisuus- ja tarkoituksenmukaisuusharkinnan erottelun tekemistä yksinään ei voida pitää riittävänä vaan tarkastelu on suunnattava tarkemmin sosiaalioikeudellisesti olennaisiin osakysymyksiin, joissa tapauskohtaiset harkintavallan erityisongelmat ja laajuus lopulta ilmenevät.

Kotkas on käsitellyt sosiaalioikeudellisessa kontekstissa viranomaisen harkintavaltaa Benjamin Schindlerin harkintavaltaa koskevaan väitöskirjaan²³² sisältyvän jaottelun perusteella. Kotkas tarkastelee suomalaista sosiaalioikeudellista sääntelyä sekä perinteisen laillisuus- ja tarkoituksenmukaisuusharkinnan erotteluun perustuvan doktriinin että Schindlerin jaotteluun perustuvien yksittäistapauksellisen harkinnan, sopeuttamisharkinnan, asiantuntijaharkinnan, poliittisen harkinnan ja liikkeenjohdollisen harkinnan avulla. Kotkaksen käyttämän harkintavallan lajien kautta on mahdollista tarkastella eri harkintalajeille tyypillisiä erityisongelmia.²³³ Eräällä tavalla Kotkaksen harkintavallan päämääriä korostava malli muistuttaa ulkoisesti Merikosken teoriaan sisältynyttä tarvetta selvittää lainsäätäjän tarkoitus normin luonteesta. Kotkaksen mallissa harkintalajin selvittämisellä sinänsä ei näyttäisi olevan kuitenkaan yhtä vahvaa normatiivista merkitystä kuin Merikoskella vaan kyse on pikemminkin erilaisten säädännäiseen oikeuteen perustuvien oikeusturvakeiden ja muiden oikeudellisten vaatimusten korostumisesta eri harkintalajien kohdalla. Esimerkiksi Kotkaksen arviossa yksilökohtaisessa harkinnassa koskien lapsen sijaishuoltopaikan valintaa korostuvat lapsen edun mukaisen paikan selvittämistä koskevat

²³¹ Tuori 2016, s. 135-140 ja 299-300.

²³² Schindler, Benjamin. Verwaltungsermessens. Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz. Zürich/St. Gallen. 2010.

²³³ Kotkas 2011, s. 113.

menettelyvaatimukset, joista on säädetty lastensuojelulaissa. Asiantuntijaharkinnassa voi korostua muutoksenhakuasteessa tarvittava asiantuntemus ja poliittisen harkinnan osalta huomio kiinnittyy demokraattisen legitimitietin varmistamiseen. Edelleen sopeuttamisharkinnassa eli lainsäädännöllisen normiohjelman joustavoittamiseen perustuvassa harkinnassa saattaa olla olennaista kiinnittää huomiota viranomaiselle asetettuihin tavoitteisiin ja tehtävään sopeutua esimerkiksi kunnassa esiintyvään sosiaalipalvelujen tarpeeseen suhteessa kunnan taloudellisiin resursseihin.²³⁴

Saman tyyppisiä näkökohtia on tuotu toki jo aikaisemminkin esiin. Esimerkiksi Laakso on korostanut, että laillisuusharkinta koskee ensisijaisesti harkintavallan oikeudellisia puitteita ja rajoja sekä menettelyitä, kun kyseessä on pääosin sisällöllisesti erityisasiantuntemukseen perustuva päätös²³⁵. Kotkaksen tarkastelu tuo kuitenkin systemaattisesti nykyiseen sosiaaioikeudelliseen sääntely-ympäristöön suhteutetulla tavalla esiin harkintavallan funktioiden merkityksen osana harkintavallan muotojen ja laajuuden asiaryhmä- ja tapauskohtaista arviointia. Se näyttäisi myös soveltuvan hyvin nimenomaan hyvinvointivalttiollisen tavoiterationaalisen sääntelyn tarkasteluun.

Kulla on todennut, että Kotkaksen tarkastelun heikkoutena voidaan pitää etääntymistä vakiintuneista kysymyksenasetteluista²³⁶. Voidaan kuitenkin myös todeta, että vakiintunut kysymyksenasettelu ei ole riittävä arvioitaessa sosiaalipalvelujärjestelmän piirissä tapahtuvaa suhteellisen monitasoista ja monimutkaista harkintavallan käyttöä, jota ei tyypillisesti ole otettu yleistä hallinto-oikeudellista harkintavaltaoppia koskevan teoriamuodostuksen lähtökohdaksi. Nähdäkseni nykyinen tapauskohtaista tarkastelua korostava yleinen harkintavaltaoppi myös edellyttää, että harkintavaltaa koskevissa kysymyksissä muodostetaan kulloiseenkin sääntely-ympäristöön liittyviä osakysymyksiä ja tarkastellaan niille tyypillisiä ongelmia.

Oikeuksien näkökulmasta sosiaalihuollon palvelut voidaan jakaa subjektiivisiin oikeuksiin, jotka kunta joutuu toteuttamaan talousarviosta riippumatta ja kunnan yleisen järjestämisvelvollisuuden piiriin kuuluviin määrärahasidonnaisiin palveluihin, jotka toteutetaan lähtökohtaisesti kunnan talousarviossa varattujen määrärahojen puitteissa. Vielä kolmantena ryhmänä voidaan mainita kunnan vapaaehtoisesti järjestämät kunnan itsehallintoon perustuvat sosiaalihuollon palvelut, joihin

²³⁴ Kotkas 2011, s. 1141-1148.

²³⁵ Laakso 2006, s. 307.

²³⁶ Kulla 2014, s. 37.

kunnalle ei ole asetettu varsinaista velvollisuutta.²³⁷ Eri vahvuisia oikeuksia koskevaa harkintaa voidaan tehdä sekä kunnan toimintapolitiikan että yksittäistapauksien tasolla, mutta harkintavallan perusta, laajuus ja muoto vaihtelevat eri oikeustyyppien kohdalla. Harkintaa voidaan tarkastella myös saatavuuden ja riittävyyden näkökulmasta, jolloin erityiskysymykseksi nousee ainakin tosiasiallisen hallinnon ja hallintopäätöksenteon erottelun merkitys. Samalla sosiaalisten oikeuksien toteutumisessa tosiasioita koskevalla tiedolla on korostunut rooli. Uskoakseni näiden näkökulmien kautta on mahdollista löytää olennaisia kysymyksenasetteluja viranomaisen harkintavaltaan sosiaalisten oikeuksien toteutumisessa ja ottaa haltuun oikeudellisesti ikääntyneiden kotiin annettavia sosiaalihuollon palveluja koskevaa ongelmakenttää. Seuraavaksi käsittelen erityisesti kunnallishallinnossa tapahtuvaa monitasoista harkintavallan käyttöä ja siihen liittyviä riskejä huolenpidon toteutumisen näkökulmasta.

4.2.1 Kunnallinen harkintavalta ja virallislähteiden merkitys

Kuntien vastuulla olevassa sosiaalihuollon palveluiden järjestämisessä harkintavallan keskeinen kysymys liittyy kunnan toimintapolitiikan tasolla tapahtuvan kunnan talousarvion ja yleisen ohjauksen merkitykseen tehtäessä yksilökohtaisia hallintopäätöksiä. Näillä kahdella tasolla harkintavaltaa käyttävät yleensä eri asemassa olevat henkilöt erilaisista lähtökohdista. Yksittäistä palvelua koskevassa päätöksenteossa harkintaa käyttävät usein kunnan palveluksessa olevat sosiaalialan tai lääketieteen ammattilaiset, joiden harkintavallan laajuus vaihtelee kyseistä palvelua koskevien oikeudellisten normien mukaan. Yksittäisiä päätöksiä ratkaisevien viranhaltijoiden harkintaan vaikuttavat kuitenkin myös kunnan yleinen ohjaus- ja budjetointivalta, jonka osalta harkintaa käyttävät asiaa valmistelevat virkahenkilöt ja viime kädessä poliittisin perustein nimitetyt kunnalliset luottamushenkilöt.

Keskeinen kysymys harkintavallan osalta edellä kuvatussa toimintaympäristössä on kunnan virallislähteiden merkitys yksittäistapauksellisessa oikeudellisessa harkinnassa. Tarukannel on katsonut, että kaikkein vaikeimmin suomalaisen oikeuslähdeopin näkökulmasta lähestyttävä kysymys hallinto-oikeudessa on viranomaisen harkintavalta ja sen vaikutus juttukohtaisessa kokonaistilanteen arvioinnissa²³⁸. Käytännössä viranomaisen toimintapolitiikan tason harkintavallan

²³⁷ ks. eri tasoista Tuori 2016, s.161-165 ja yleisesti sosiaaliturvassa tehtävästä harkinnan tasoista myös Kalliomaa-Puha ym. 2014, s. 8. Sosiaalioikeudessa subjektiivisista oikeuksista ja määrärahasidonnaisista palveluista Arajärvi 2011, s. 91-93 ja Tuori 2016, s. 299-300.

²³⁸ Tarukannel 2002, s. 71,

käyttäminen ilmenee juuri virallislähteiden muodossa. Seuraavaksi tarkastelenkin sekä kunnan talousarvion että kunnan yleisen ohjauksen merkitystä virallislähteinä osana harkintavallan käyttämistä.

Kunnan talousarviossa on kyse keskeisestä kunnan toiminnan ohjausvälineestä, jonka hallinnollisena tehtävänä on oikeuttaa toimielimiä ja viranhaltijoita ja toisaalta myös rajoittaa heidän toimivaltuuksiaan.²³⁹ Kunnan talousarvion sitovuus suhteessa kunnan toimielimiin ja viranhaltijoihin perustuu kuntalain (410/2015) 110 §:n 5 momenttiin, jonka mukaan kunnan toiminnassa ja taloudenhoidossa on noudatettava talousarviota. Sosiaalihuollon osalta keskeistä on nimenomaan talousarvion menoarvion sitovuus, joka tarkoittaa käytännössä sitä, että esimerkiksi kunnan sosiaalihuollosta vastaava toimielin ei voi lähtökohtaisesti ylittää sille varattuja määrärahoja tai käyttää niitä muuhun tarkoitukseen kuin mihin ne on tarkoitettu.²⁴⁰

Periaatteessa kuntalain (410/2015) 110 § edellyttää muodollisesti, että kunta ottaisi huomioon talousarviota tehdessään talouden vastuut ja velvoitteet ja laatisi talousarvion siten, että se turvaa edellytykset kunnan tehtävien hoitamiseen. Kunnan resurssien jaon pitäisi olla sidoksissa palveluiden toteuttamista ja ohjaamista koskevaan lainsäädäntöön²⁴¹. Kunnan sosiaalihuollon palvelujärjestelmää koskevat tehtävät ilmenevät pirstaleisesti kuntalain ulkopuolisista laeista, kuten esimerkiksi perustuslaista (731/1999), sosiaalihuoltolaista (1301/2014), toimeentulotukilaista (1412/1997), vammaispalvelulaista (380/1987) ja vanhuspalvelulaista (980/2012), joissa velvollisuudet perustuvat osittain täsmälliseen sääntelyyn ja osittain avoimiin joustaviin säännöksiin. Periaatteessa jos toimielimelle osoitettu määräraha osoittautuu määrärahapäätöksen jälkeen riittämättömäksi tehtävien hoitamiseen, pitäisi määrärahaa lisätä kunnan valtuuston päätöksellä²⁴².

Heurun esittämän perusteella ajatus budjettivaltaa rajoittavista subjektiivisista oikeuksista on ollut suomalaiselle oikeus- ja hallintokulttuurille hankala ja hänen mukaansa kunnallistaloudessa on aina ollut tietynlainen ”harmaa alue”, jota ei budjettivalmistelijoiden ulkopuolisilla tahoilla useinkaan tunneta tai tunnusteta. Harmaalla alueella Heuru tarkoittaa aluetta, jolla oikeuksien sidonnaisuuden

²³⁹ Myllymäki 2017, s. 212 sekä Harjula ja Prättälä 2015, s. 733.

²⁴⁰ Määrärahan sitovuudesta yleisesti Harjula ja Prättälä 2015, s. 742 ja talouden hoidon näkökulmasta Myllymäki 2017, s. 223.

²⁴¹ ks. lisää Uoti 2006, s. 349.

²⁴² Talousarvion muuttamisesta ei ole varsinaista säännöstä vaan velvoite perustuu edellä mainittuun kuntalain sääntelyyn. ks. talousarvion muuttamisesta Harjula ja Prättälä 2015, s. 746.

katsotaan vaihtelevan ja toisinaan häipyvän (”toisen asteen sidonnaisuus”). Tosiasiassa lienee siis kyse siitä, että talousarviota koskevaa harkintaa tehdään muiden kuin sosiaalisten oikeuksien toteuttamiseen pyrkivien kriteereiden perusteella päätettäessä määrärahojen varaamisesta epätasaisesti muotoiltujen kunnan velvollisuuksien toteuttamiseen. Heuru toteaaakin samassa yhteydessä, että jos jonkin oikeuden saamisedellytyksiä ei ole täsmällisesti määritelty, saatetaan päätellä, ettei kyse ole subjektiivisesta oikeudesta. Tällainen ajattelu ei useinkaan huomioi sosiaalisten oikeuksien ja erityisesti sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien vaatimuksia.²⁴³ Voidaankin todeta, että edellä kuvattu yksipuolinen säännöksen tulkinta ei vastaa nykyistä harkintavaltateoriaa, jossa harkintavallan muoto ja laajuus muodostuvat oikeudellisten normien kokonaisuudesta. Myllymäki on edelleen todennut kunnallistalouden oikeudellisen ohjauksen osalta, että kuntien normatiivinen liikkuma-ala finanssivallan käytössä on suuri ja tosiasiallinen valtio-kuntataloussuhde on kääntynyt kuntien itsehallinnollisen päätösvallan voitoksi ja omaksi talousvastuuksi²⁴⁴.

Jääskinen on kuvannut edellä kuvattua jännitettä esittämällä, että poliittisesta näkökulmasta voi olla ongelmallista, jos sosiaalisten oikeuksien katsotaan suuntaavaan kunnan toimintaa ja varainkäyttöä epätarkoituksenmukaisesti. Sosiaalisten oikeuksien tarkoitus on kuitenkin hänen mukaansa rajoittaa ja ohjata kuntien harkintavaltaa. Jääskinen on korostanut kuntalaisten itsehallinnon ja sosiaalisten oikeuksien toteuttamisen yhteyttä perustuslaissa ylimpänä oikeusarvona turvattuun yksilön ihmisarvon kunnioittamiseen.²⁴⁵ Harkintavaltateorian näkökulmasta voidaan myös katsoa, että oikeudellinen sääntely on levinnyt sellaisille aloille, joiden on perinteisesti katsottu kuuluvan poliittisen tarkoituksenmukaisuusharkinnan piiriin. Kun näitä aloja koskevia oikeusharkinnan perusteita ei ole lainsäädännössä täsmällisesti määritelty ja valvontakeinot ovat puutteelliset, voi harkintavallan käyttö tosiasiallisesti olla edelleen ensisijaisesti muihin kuin oikeudellisiin perusteisiin nojautuvaa. Samaan hengenvetoon on kuitenkin korostettava, että usein hyvinvointivaltion oikeudellisen sääntelyn tarkoituksena on myös nimenomaan mahdollistaa päätöksenteon perustuminen poliittiseen harkintaan. Harkintavaltateorian näkökulmasta on siis varottava sellaista kielen käyttöä, jossa päätöksenteon poliittisuus merkitsisi automaattisesti ”muuta kuin oikeudellista”.

²⁴³ Heuru 2006, s.374-376.

²⁴⁴ Myllymäki 2017, s. 257.

²⁴⁵ Jääskinen 2005, s. 18.

Toinen kunnan merkittävä toimintapolitiikan tason ohjauskeino on kunnan toimielinten ja viranhaltijoiden ohjaus sisäisesti sitovilla hallinnollisilla ohjeilla tai määräyksillä²⁴⁶. Tällaisilla virallislähteillä voi olla muodollisesti heikosta oikeuslähdearvostaan huolimatta huomattava merkitys tosiasiallisessa viranomaisten päätöksenteossa ja harkintavallan käyttämisessä ottaen huomioon sosiaalipalveluja määrittävän lainsäädännön väljyyden ja tulkinnanvaraisuuden. Ohjeet ja määräykset voivat koskea subjektiivisina oikeuksina turvattuja palveluja, määrärahasidonnaisia palveluja tai vapaaehtoisia palveluja, mutta niillä ei voida syrjäyttää yksilön oikeuksia tai perustaa velvollisuuksia. Toisin sanoen ohjeilla ei voida esimerkiksi tiukentaa tietyn palvelun laista ilmeneviä saamisedellytyksiä tai laatuvaatimuksia. Kyseessä on hallinnon sisäinen ohjaus lainsäädännön asettamissa puitteissa, missä pitäisi ottaa huomioon myös esimerkiksi yleisiin hallinto-oikeudellisiin oikeusperiaatteisiin kuuluva tarkoitussidonnaisuusperiaate ja sosiaalioikeudellinen tarveperiaate.²⁴⁷

Käytännössä kuitenkin väljien säännösten tulkinnan ja oikeuksien rajaamisen erottaminen voi olla haastavaa. Myös hallinnollisten ohjeiden ja määräyksien taustalla voi olla edellä viitattu talousarvion ”harmaan alueen” toimeenpano, jolloin tosiasiallisesti väljien säännösten tulkinnan ohjaamisessa voi olla kyse määrärahasyihin perustuvasta saamisedellytysten tai palvelun laadun rajaamisesta, mikä voi tarkoittaa harkintavallan ylittämistä vähintäänkin suhteessa tarkoitussidonnaisuusperiaatteeseen ja tarveperiaatteeseen. Tuori on katsonut, että sisällöllisten soveltamisohjeiden antamista voidaan puoltaa kuntalaisten keskinäisen muodollisen yhdenvertaisuuden näkökulmasta ja vastustaa sosiaalioikeudellisen tarveperiaatteen näkökulmasta, joka edellyttää toimintapolitiikan tasolla tehtävän niukkojen etuuksien suuntaamisen (priorisointi) ohella myös yksilökohtaista tarvearviointia²⁴⁸.

Kunnan antamat määrärahanormit ja hallinnolliset ohjeet tai määräykset sitovat tosiasiallisesti ja oikeudellisesti yksittäisten viranhaltijoiden harkintavaltaa. Tosiasiallisella sitomisella tarkoitan sitä, että jos kunta ei nykyisessä ostopalvelusopimuksiin perustuvassa palvelujärjestelmässä varaa määrärahoja tietyn palvelun ostamiseen ulkopuolelta eikä kunta tuota palvelua myöskään itse (toimintapolitiikan tason päätöksiä), sosiaalipalvelusta päättävä yksittäinen viranhaltija ei voi mahdollisesti myöntää palvelua yksinkertaisesti siitä syystä, ettei palvelua ole tarjolla kunnassa.

²⁴⁶ Kuntien norminantovalta ei perustu perustuslain 80 §:ään ja näin ollen lähtökohtaisesti kyse on ainoastaan kuntien päätöksenteon sisäisestä ohjauksesta.

²⁴⁷ Mäenpää 2017, s. 185-193; Tuori 2016, s. 165, Arajärvi 2011, s. 83 ja Uoti 2003, s. 220.

²⁴⁸ Tuori 2016, s. 167-169.

Oikeudellinen harkintavallan sitominen taas viittaa yksittäisen viranomaisen harkintavallan normatiivisiin oikeudellisiin lähtökohtiin. Lähtökohtaisesti yksittäisen viranhaltijan on noudatettava ylemmän viranomaisen antamia määräyksiä, elleivät ne ole ilmeisen lain vastaisia²⁴⁹. Alemman viranomaisen noudattamisvelvollisuus koskee niin määrärahapäätöksiä kuin myös sisäisiä lain soveltamiseen liittyviä ohjeita tai määräyksiä.

4.2.2 Kunnan yleinen järjestämisvelvollisuus ja yksittäistapauksellinen harkinta

Yleiseen järjestämisvelvollisuuteen kuuluvien määrärahasidonnaisten palveluiden oikeudellista luonnetta suhteessa yksittäistapaukselliseen harkintaan on vielä syytä tarkastella lähemmin viranomaisen harkintavallan näkökulmasta. Ikääntyneiden kotiin annettavista sosiaalihuollon palveluissa on kyse tämän luonteisista palveluista ja mielestäni keskeiset niiden toteuttamiseen liittyvät ongelmat liittyvät laajemmin kunnan yleisen järjestämisvelvollisuuden ja riittävän huolenpidon toteutumisen välisen suhteeseen.

Käsittääkseni kunnan yleiseen järjestämisvelvollisuuden piiriin kuuluvia palveluja koskevassa sääntelyssä on kyse sellaisista normeista, jotka pyrkivät sisäistämään ja tasapainottamaan kuntien poliittis-taloudellista valtaa suhteessa sosiaalisten oikeuksien ja ikääntyneiden kotiin annettavan huolenpidon edistämiskaavoiksi. Samalla sääntely luo kuitenkin myös väistämättä tilan ristiriidoille ja kamppailuille riittävän huolenpidon tasosta sekä oikeuksien sisällöstä.

Jääskinen on todennut kunnan yleiseen järjestämisvelvollisuuteen kuuluvien palveluiden osalta, että kuntalaisilla on niihin abstrakti oikeus eli niitä on oltava kunnassa saatavilla, mutta kenelläkään ei ole ehdotonta oikeutta saada niitä itselleen. Edelleen Jääskinen on tuonut esiin, että kun yleinen järjestämisvastuu ei tarkoita vapaata harkintaa, rajanvedot suhteessa subjektiivisiin oikeuksiin muodostuvat hankaliksi ja hallintolainkäytössä noudatettavat periaatteet vaikeasti avautuviksi.²⁵⁰ Tuorin mukaan yleistä järjestämisvelvollisuutta koskevat säännökset ovat väljiä ja jättävät kunnassa esiintyvän palvelutarpeen ensisijaisesti kunnan itsensä arvioitavaksi. Hänen mukaansa määrärahanormien ilmeinen lainvastaisuus on vaikeasti osoitettavissa sillä perusteella, että kunta ei olisi täyttänyt yleistä järjestämisvelvollisuuttaan. Tuori toteaa, että sellaiset tilanteet, joissa kunnallinen viranhaltija olisi oikeutettu myöntämään yleisen järjestämisvelvollisuuden piiriin

²⁴⁹Ks. Tuori 2016, s. 169 ja Mäenpää 2017, s. 189.

²⁵⁰ Jääskinen 2006, s. 17.

kuuluvia etuuksia määrärahojen loppumisen jälkeen, lienevät harvinaisia.²⁵¹ Subjektiiivisten oikeuksien osalta ilmeinen lainvastaisuus voisi olla todettavissa helpommin kuin yleiseen järjestämisvelvollisuuteen perustuvissa oikeuksissa.

Kunnan yleinen järjestämisvelvollisuus sidotaan usein lainsäädännössä kunnassa esiintyvän ”tarpeen” käsitteeseen. Periaatteessa kunnan tulisi ottaa talousarviota tehdessään huomioon yleisen järjestämisvelvollisuuden edellyttämä kunnassa esiintyvä tarve. Kun määrärahoja on vielä jäljellä, kunnan pitäisi myöntää saamisedellytykset täyttävälle hakijalle palvelu. Kunta voi kuitenkin ikään kuin ennakoida määrärahojen loppumista asettamalla sisäisissä ohjeissaan sosiaalioikeudellisen tarveperiaatteen mukaisesti etusijajärjestyksiä tai muita kriteerejä, joiden kautta määrärahat kohdentuvat eniten palvelua tarvitseville (tarveperiaatteen soveltuminen toimintapolitiikan tasolla). Kyse voi siis olla esimerkiksi kotiin annettavan sosiaalihuollon priorisoinnista kotona asuville liikuntakyvyttömille ikääntyneille henkilöille.

Lähtökohtaisesti kun kunnassa esiintyvä tarve on otettu huomioon toimintapolitiikan tasolla, ei palvelua tarvitse myöntää yksittäistapauksessa muutoin saamisedellytykset täyttävälle hakijalle, jos määrärahat ovat loppuneet. Tämä voi yksittäistapauksissa olla jännitteessä yksittäistapauksellisen sosiaalioikeudellisen tarveperiaatteen soveltamisen kannalta. Tuori on katsonut vammaispalvelua koskevan korkeimman hallinto-oikeuden oikeuskäytännön perusteella, että kunta ei voi vedota yksittäisen yleisen järjestämisvelvollisuuden piirin kuuluvan hallintopäätöksen ratkaisussa määrärahojen loppumiseen, jos kunta on rikkonut yleistä järjestämisvelvollisuutta. Tuori argumentoi sen puolesta, että kunnan yleiseen järjestämisvelvollisuuteen kuuluvissa määrärahasidonnaisia etuuksia koskevassa päätöksenteossa olisi kyse perinteisen doktriinin näkökulmasta laillisuusharkinnasta. Tuorin mukaan määrärahasidonnaisten palveluiden osalta sitovina oikeuslähteinä otetaan huomioon kunnan talousarvioesitys ja toimintapolitiikan päätökset. Lisäksi hänen mukaansa sosiaalioikeudellisen tarveperiaatteen soveltaminen määrärahojen jaossa on lainsäädännön edellyttämää, jolloin kyse on laillisuusharkinnasta.²⁵² Arajärvi on saman suuntaisesti todennut, että määrärahasidonnaisten palvelujen järjestäminen muistuttaa subjektiivisia oikeuksia, kun palvelu on kerran järjestetty, jollei etukäteen ole muuta sovittu tai ellei soveltamislinjaa muuteta pysyvästi²⁵³. Samoin Mäenpään mukaan harkinnanvarainen etuus voi

²⁵¹ Tuori 2016, s.170-171.

²⁵² Tuori 2016, s. 302-307 ja ks. myös yleisen järjestämisvelvollisuuden kuuluvien palvelujen määrärahasidonnaisesta luonteesta HE 164/2014 vp, s.12 ja 85.

²⁵³ Arajärvi 2011, s. 92.

muodostua yhdenvertaisuusperiaatteen ja johdonmukaisen ratkaisulinjan myötä asiallisesti suhteellisen vahvaksi²⁵⁴.

Näyttäisikin siltä, että sosiaalioikeudellisessa tutkimuksessa ero subjektiivisten oikeuksien ja määrärahasidonnaisten oikeuksien välillä ei liity olennaisella tavalla siihen, että määrärahasidonnaisissa palveluissa olisi kyse vähemmän oikeudellisiin näkökohtiin sitoutuneesta harkinnasta vaan kyse on tavoiterationaalisen oikeudellisen harkinnan piirissä tehtävästä kunnan talousarvion ja yleisen ohjauksen erilaisesta oikeudellisesta merkityksestä. Yleisen järjestämisvelvollisuuden piiriin kuuluvissa määrärahasidonnaisissa palveluissa ei siis ole sosiaalioikeudellisen harkintavaltateorian näkökulmasta kyse ”vapaan tarkoituksenmukaisuusharkinnan” luonteisesta harkinnasta osaksikaan. Aer on todennut yleisesti harkintavaltalajien erottelun ja oikeuslähteiden suhteen osalta, että vapaan harkinnan alue rajautuu materiaalisille oikeuslähteille annettavan hallinto-oikeudellisen merkityksen mukaan²⁵⁵. Sosiaalipalveluja koskevat harkintaongelmat voidaankin nähdä myös siten, että formaalien oikeuslähteiden epätasällisyys ja väljyys on heijastunut oikeuslähdetasolla materiaalisten oikeuslähteiden kuten kuntien virallislähteiden tosiasiallisesti merkittävään ja osin ristiriitaiseen asemaan.

Harkintavallan väärinkäyttäminen toimintapolitiikan tasolla nostaa harkintavaltateoriaan liittyviä mielenkiintoisia kysymyksiä. Voidaanko katsoa, että esimerkiksi harkintavallan väärinkäyttö kunnan toimintapolitiikan tasolla edellyttää laajemman tai erilaisen harkintavallan käyttämistä yksittäistapauksessa? Kunnat ovat esimerkiksi sosiaali- ja terveysministeriön ohjaukseen perustuen sisäisellä ohjauksellaan saattaneet rajata toimeentulotuen saamisedellytyksiä (subjektiivinen oikeus) tietyiltä ulkomaalaisryhmiltä, mikä on jälkikäteen osoittautunut lainvastaiseksi²⁵⁶. Tällainen toimintapolitiikan tasolla tapahtunut harkintavallan ylittäminen suhteessa lain asettamiin saamisedellytyksiin tai tarveperiaatteeseen johtaa käytännössä yksittäistapauksellisessa harkinnassa harkintavallan alittamiseen eli yksittäiset viranomaiset eivät käytä tarveperiaatteen mukaisesti harkintavaltaa yksittäisissä tapauksissa.

Lähtökohtahan toki on, että kunnan palveluksessa olevien henkilöiden on päätöksenteossaan sitouduttava yleiseen ohjaukseen ja määrärahapäätöksiin. Subjektiivisten oikeuksien kuten

²⁵⁴ Mäenpää 2017, s. 191.

²⁵⁵ Aer 2000, s. 162.

²⁵⁶ Eoak 4069/2014 on tarkasteltu STM:n toimeentulotukea koskevan ohjeen lainmukaisuutta.

perustoimeentulotuen osalta harkintavallan väärinkäyttö näyttäisi olevan lähtökohtaisesti helpommin todettavissa yksittäistapauksessa kuin yleiseen järjestämisvelvollisuuden piiriin kuuluvien palvelujen kohdalla. Jos kunta kuitenkin käyttäisi harkintavaltaansa ilmeisellä tavalla yleisen järjestämisvelvollisuuden vastaisesti esimerkiksi alibudjetoimalla yksittäisenä vuonna huomattavasti tiettyä yleisen järjestämisvelvollisuuden piiriin kuuluvaa sosiaalihuollon palvelua sekä sitä korvaavia muita palveluja tai rajaamalla selvästi palvelua tarvitsevan haavoittuvassa asemassa olevan ryhmän palvelun ulkopuolelle ainoastaan taloudellisiin syihin perustuen, voitaisiin mielestäni katsoa, että yksittäistapausta ratkaisevan viranomaisen olisi vähintään arvioitava asiaa korostuneesti asiakkaan yksilöllisen tarpeen ja toisaalta sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien toteutumisen näkökulmasta.

Kyse näyttäisi olevan myös siitä, että harkintavallan ylittämisen toteaminen on yksinkertaisesti helpompaa subjektiivisen oikeuden kohdalla sen vuoksi, että yleensä subjektiiviset oikeudet on turvattu lainsäädännössä yksiselitteisemmin kuin yleiseen järjestämisvelvollisuuden piiriin kuuluvat palvelut. Käytännössä harkintavallan väärinkäyttö voidaan siis perustaa subjektiivisten oikeuksien kohdalla usein sanamuodon mukaiseen tulkintaan, kun taas yleiseen järjestämisvelvollisuuteen perustuva harkintavallan väärinkäytön osoittaminen edellyttäisi empiiristä tietoa esimerkiksi kunnassa tosiasiallisesti esiintyvistä tarpeista. Tästä huolimatta ja itse asiassa juuri tosiasiatiedon korostuneen luonteen vuoksi on harkintavaltateoreettisesti tärkeää pitää toisistaan erillään sosiaalisia oikeuksia perustavia tosiseikkoja koskeva näyttöharkintakysymys ja varsinainen viranomaisen harkintavallan laajuutta koskeva kysymys. Toisin sanoen kunnan sosiaalihuollon priorisointiin liittyvän laajankaan harkintavallan ei pitäisi oikeuttaa kunnassa esiintyvän ikääntyneiden henkilöiden palveluntarpeen ylimalkaiseen tai puutteelliseen arvioimiseen. Näyttäisikin siltä, että sosiaalisten oikeuksien toteutumisessa viranomaisen harkintavallan laajuuden kasvaessa myös kunnallisen budjettivallan ja toisaalta tosiasiatiedon merkitys kasvaa tai muuttaa merkitystään.²⁵⁷

Nähdäkseni merkitystä on annettava myös Kotkaksen esiin nostamille harkintavallan funktioille. Tilannetta, jossa lainsäätäjät jättää tarkoituksellisesti yksittäiselle asiantuntijapäätöksentekijälle harkintavaltaa, on arvioitava eri tavoin suhteessa kunnan toimintapolitiikan tasoon kuin tilannetta, jossa harkintatilanne perustuu sopeuttamisharkintatyypilliseen avoimeen sääntelyyn. *Tarukannel* on myös kritisoinut hallintolainkäytön näkökulmasta ajatusta viranomaisen harkintavallan

²⁵⁷ ks. *Tarukannel* 2002, s.73 ja 99-100.

”löytämisestä” tilanteessa, jossa avoimet normit on tarkoitettu tosiasiaseikkojen arvioimiseen²⁵⁸. Ei liene myöskään harvinaista, että harkintatilanne on tosiasiasa tulosta heikosti valmistellusta tai muutoin epäselvästä lainsäädännöstä eikä harkintavaltaa ole välttämättä otettu huomioon kovin analyttisesti lainvalmisteluvaiheessa²⁵⁹. Tilannetta voidaan kuvata myös lain tulkintaan liittyväksi aukkotapaukseksi. Kun nykyisen harkintavaltateorian puitteissa viranomaisen harkinnan pitäisi muistuttaa usein tuomioistuintyyppistä oikeusharkintaa, on perusteltua katsoa, että myös viranomainen voi joutua tilanteeseen, jossa se joutuu tosiasiallisesti täyttämään lainsäädännössä olevan ”aukon” eikä harkintavalta silloin perustu lainsäätäjän tarkoitukseen. Aukon täyttäminen taas edellyttäneen hieman erilaista oikeudellista ajattelua oikeusharkinnassa kuin esimerkiksi sopeuttamisharkinnan käyttäminen, vaikka ulkoisesti harkintavaltaa perustavat säännökset voivat olla samankaltaisia. Harkintavallan muodon ja laajuuden selvittämiseksi olisi aina tärkeää pyrkiä konkreettisisessa tapauksessa selvittämään, minkä vuoksi sovellettavat normit ovat epätäsmällisiä, joustavia, avoimia tai väljiä, jos harkintavallan muoto tai laajuus eivät ilmene yksiselitteisesti.

4.3 Sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien toteuttaminen ja harkintavaltateoria

Seuraavaksi tarkastelen erityisesti kuinka sosiaaliset perus- ja ihmisoikeudet tulisi huomioida osana harkintavallan soveltamista. Nostan esiin kahtena keskeisenä tekijänä sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien tulkinnallisen avoimuuden merkityksen ja taloudellisten voimavarojen merkityksen. Siten jatkan ja syvennän jo edellä tehtyä hyvinvointivalttiollisen sääntelyn ja sosiaalisten oikeuksien toteutumisen tarkastelua, mutta keskityn erityisesti sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien merkitykseen. Samalla harkintavaltateoreettinen näkökulma rakentaa siltaa tutkielman alkupuolella tehtyyn sosiaalisia perus- ja ihmisoikeuksia selvittäneeseen osaan.

Nykyisessä oikeustieteellisessä harkintavaltateoriaa koskevassa tutkimuksessa tuodaan säännönmukaisesti esiin, että myös sosiaaliset perus- ja ihmisoikeudet vaikuttavat ja rajoittavat sisällöllisesti viranomaisen harkintavaltaa. Käytännössä harkintavaltaa on tarkasteltava myös perus- ja ihmisoikeuksien yleisten oppien näkökulmasta, jos halutaan esittää konkreettisia oikeudellisia

²⁵⁸ Tarukannel 2002, s.97.

²⁵⁹ Karvonen-Kälkäjän ajatusta seuraten: ”Aina ei ole selvää sekään onko lainvalmistelussa sanamuodon valinnalla ollut ratkaisevaa merkitystä tässä mielessä (harkintavallan näkökulmasta). Lainsäädännön epämääräisyyteen tältä osin ei oltu aikaisemmin kiinnitetty merkittävää huomiota.” Karvonen-Kälkäjä 2012, s. 227.

harkintavallan soveltamisohjeita tai argumentaatiomalleja.²⁶⁰ Ojanen on korostanut, että perus- ja ihmisoikeuksien vaikutus ylettyy myös oikeuden esiymmärrystä ja oikeuskulttuuria heijastaviin oikeudenalojen yleisiin oppeihin eikä voida ajatella, että mikään yleinen oppi voisi olla ristiriidassa perus- ja ihmisoikeuksien kanssa tai tuottaa niiden vastaisia laintulkintoja.²⁶¹ Toisin sanoen hallinto-oikeuden yleisiin oppeihin kuuluvan viranomaisen harkintavaltaa koskevan teorian muodostuksessa olisi pyrittävä sellaisiin lähtökohtiin, kysymyksenasetteluihin ja malleihin, joiden kautta sosiaaliset perus- ja ihmisoikeudet toteutuisivat tai ainakin sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien toteutumisen esteet tulevat näkyviksi. Toisaalta Jyränki ja Husa ovat korostaneet, että oikeusjärjestelmän valtiosääntöistymisestä huolimatta tavoitteena ei pitäisi olla oikeudellisten tulkintojen pikkutarkka ja ylenpalttinen ohjautuminen perusoikeusjärjestelmästä käsin²⁶². Tämän vuoksi ikääntyneiden henkilöiden sosiaalihuollosta vastaavilta viranomaisilta vaaditaan tarkkaa kykyä tunnistaa palvelun järjestämiseen liittyvät perus- ja ihmisoikeudellisesti herkäät soveltamistilanteet ja soveltamistavat.

Sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien turvaamisvelvollisuuden käytännön toteuttamiseen viranomaisen harkinnassa näyttäisi olevan ainakin kaksi ongelmakokonaisuutta: 1) sosiaalisten perus- ja ihmisoikeussäännösten tulkinnallinen avoimuus ja siihen liittyen perusoikeuksien yleisten oppien soveltamisvaikeudet sekä 2) taloudellisten voimavarojen yhteys harkintaan. Ensinnäkin perus- ja ihmisoikeusmyönteinen laintulkinta ja niiden toteuttaminen edellyttävät luonnollisesti, että viranomaisella on suhteellisen selkeä kuva oikeuksien sisällöstä ja soveltamistavasta harkintatilanteessa. Samoin esimerkiksi perusoikeuksien rajoittamisedellytyksiin kuuluva ydinalueen koskemattomuus edellyttäisi sisällöllisesti sosiaalisen perusoikeuden ydinalueen tunnistamista. Myös suhteellisuusvaatimukseen sisältyvän välttämättömyysedellytyksen tai rajoituksen hyväksyttävyyttä koskevan edellytyksen soveltaminen voi olla haastavaa suhteessa kunnan taloudellisiin voimavaroihin.²⁶³

4.3.1 Tulkinnallisen avoimuuden merkitys

²⁶⁰ esimerkiksi. Mäenpää tarkastelee yleisesti perus- ja ihmisoikeuksien rajoittamisedellytyksiä suhteessa viranomaisen perus- ja ihmisoikeuksien toteuttamisvelvollisuuteen Mäenpää 2017, s. 109 ja s. 288. Ks. myös Kotkas 2014, s. 42 ja Kulla 2014, s. 38, jotka toteavat perus – ja ihmisoikeuksien merkityksen harkintavallan suhteen.

²⁶¹ Ojanen 2014, s. 948-949.

²⁶² Jyränki ja Husa 2012, s. 399.

²⁶³ ks. yleisesti perusoikeuksien rajoittamisedellytyksistä Viljanen 2001 tai Jyränki ja Husa 2014, s. 403.

Perusoikeusuudistus merkitsi murrosta sekä sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien vahvistumisen että perus- ja ihmisoikeuksien yleisen sitovuuden kannalta. Uudistuksen yhteydessä perustuslakiin lisättiin nimenomainen perus- ja ihmisoikeuksien turvaamista koskeva säännös (PL 22§, HM 16 a §:n 1 momentti), jonka tarkoituksena on korostaa julkisen vallan velvollisuutta perus- ja ihmisoikeuksien aktiiviseen aineelliseen toteuttamiseen menettelyvaatimusten rinnalla. Keskeisiä keinoja perus- ja ihmisoikeuksien toteuttamiseen ovat lainsäädäntö ja taloudellisten voimavarojen kohdentaminen, jotka on mainittu nimenomaisesti perusoikeusuudistuksen lainvalmisteluasiakirjoissa.²⁶⁴

Toisaalta suuri osa sosiaalisista perusoikeuksista muotoiltiin väljällä joustavalla sääntelyllä, jonka taustalla voidaan Uotin mukaan nähdä pyrkimys julkistaloudellisten kustannusten hallintaan²⁶⁵. Jyräki näyttää katsovan, että sosiaalisten perusoikeuksien toteuttaminen tapahtui sellaista 1970-1990 lukujen historiallista taustaa vasten, missä kunnille oli annettu keskeisiä hyvinvointipalveluja ja toisaalta kuntien itsehallintoa ja harkintavaltaa oli lisätty hyvinvointipalveluiden kohdalla samalla kuitenkin vähentäen kuntien mahdollisuutta reagoida verotusratkaisuin peruspalvelujen toteuttamiseen. Saraviita on katsonut, että sosiaalisten perusoikeuksia koskevat säännökset olivat vuoden 1995 perusoikeusuudistuksen visaisiin ongelmiin ja säännökset muodostuivat lopulta pitkällisten kompromissineuvotteluiden tuloksena, jonka taustalla oli paine Suomen valtiosäännön joutumisesta uusien järjestöjäsenyyksien seurauksena tarkan seurannan kohteeksi²⁶⁶.

Joka tapauksessa perustuslain 22 § edellyttää julkista valtaa kuten kuntia turvaamaan sosiaaliset perus- ja ihmisoikeudet. Perustuslain 121 §:ssä suojatusta kuntien itsehallinnollisesta asemasta seuraa lähtökohtaisesti se, että kunnat ovat vastuussa perus- ja ihmisoikeuksien toteuttamisesta vain siltä osin kuin niille on annettu perus- ja ihmisoikeuksien toteutumiseen liittyvässä tavallisessa lainsäädännössä velvollisuuksia. Kun tavallisessa lainsäädännössä perustuslain välttämätöntä huolenpitoa ja riittäviä sosiaali- ja terveydenhuollon palveluita koskeva palvelujärjestelmä on pääosin kuntien vastuulla, seuraa tästä myös perus- ja ihmisoikeuksien toteuttamisvelvollisuus kyseisten palveluiden toteuttamisen osalta. Kunnilla jo olevien tehtävien täsmentämisessä ei lähtökohtaisesti ole kyse tehtävien olennaisesta laajentamisesta.²⁶⁷

²⁶⁴ HE 309/1993 vp, s. 75 ja PeVM 25/1994 vp, s. 3. Ks. myös perusoikeusuudistuksen taustasta esimerkiksi Tuori 2016, s. 239, Hallberg 2010, osa I.1 ja Jyräki ja Husa 2012, s.375.

²⁶⁵ Uoti 2003, s. 139.

²⁶⁶ Saraviita 2011, s. 264-267.

²⁶⁷ Tuori 2016, s. 255 ja siinä viitattu perustuslakivaliokunnan lausunto PeVL 37/2000 vp.

Normatiivisesti turvaamisvelvollisuus merkitsee sitä, että viranomaisen on sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien kannalta relevanteissa harkintatilanteissa sovellettava perus- ja ihmisoikeusmyönteistä laintulkintaa eli valittava tulkintavaihtoehtoista sellainen, joka parhaiten edistää perusoikeuksien tarkoituksen toteutumista ja joka eliminoi perustuslain kanssa ristiriitaisiksi katsottavat vaihtoehdot²⁶⁸. Viime kädessä perustuslain kanssa ristiriidassa oleva lakia alemman tasoinen säännös voidaan periaatteessa jättää myös viranomaisharkinnassa soveltamatta yksittäistapauksessa perustuslain 107 §:n perusteella. Ensisijainen keino sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien toteuttamiseen on kuitenkin perus- ja ihmisoikeusmyönteinen tulkinta ottaen erityisesti huomioon, että lähtökohtaisesti väljien sosiaalisten perus- ja ihmisoikeussäännösten kohdalla ristiriidan osoittaminen voi olla hankalaa viranomaistoiminnassa.²⁶⁹

Käytännössä turvaamisvelvollisuuden soveltaminen viranomaisen harkinnassa edellyttää täsmällisempää käsitystä perus- ja ihmisoikeuksien yleisestä luonteesta ja toteuttamisesta. Rautiainen on kuitenkin todennut, että perusoikeuksien toteuttamisvelvollisuudelle ei ole syntynyt perusoikeuksien rajoittamisedellytyksiä vastaavaa yleistä oppia, koska perusoikeuksista on harvoin johdettavissa yksiselitteisesti määrittäviä velvollisuuksia lainsäädäntö- tai talousarviopäätöksentekoon ryhtymiseen. Mäenpään mukaan viranomainen joutuu kuitenkin turvaamisvelvollisuutta toteuttaessaan ottamaan huomioon perusoikeuksien rajoittamisedellytyksiä vastaavia vaatimuksia²⁷⁰. Tällaisia vaatimuksia ovat esimerkiksi perusoikeuden ydinalueen loukkaamattomuus, suhteellisuusperiaate ja rajoituksen hyväksyttävyyседellytys.²⁷¹

Jyräki ja Husa ovat todenneet, että perustuslakivaliokunta pitää oikeuksien muotoon kirjoitettuja perusoikeuksia oikeastaan pääsääntöinä tai oikeusperiaatteina ytimeltään suojattujen sääntöjen sijaan eikä perustuslakivaliokunnan lausunnoissa ole juurikaan pyritty identifioimaan perusoikeuksien ytimiä²⁷². Edelleen heidän mukaansa perusoikeuksien yleiset opit ovat hyvinvointioikeuksien kannalta puutteellisia pääasiassa, koska hyvinvointioikeuksien toteutuminen on vapausoikeuksia suuremmissa määrin riippuvaista taloudellisista voimavaroista ja hyvinvointioikeuksien toteuttaminen painottaa julkisyhteisön velvoitetta aktiiviseen toimintaan²⁷³. Samoin Saksinin mukaan perusoikeuksien yleiset opit ovat kehittyneet kansalais-poliittisten

²⁶⁸ PeVM 25/1994 vp, s. 4. Ks. myös erityisesti sosiaalioikeudellisessa kontekstissa esimerkiksi Sakslin 1999, s. 228.

²⁶⁹ ks. perustuslain 107 §:n merkityksestä Tuori ja Lavapuro 2011, osa III.18 ”Lakia alemmanasteiset säännökset”.

²⁷⁰ Mäenpää 2017, s. 108-109.

²⁷¹ Yleisesti perus – ja ihmisoikeuksien turvaamisvelvollisuudesta esimerkiksi Jyräki ja Husa 2011, s. 292 sekä Tuori ja Lavapuro 2011, osa III.18.

²⁷² Jyräki ja Husa 2012, s. 407 ja siinä viitattu perustuslakivaliokunnan käytäntö.

²⁷³ Jyräki ja Husa 2012, s. 399.

vapausoikeuksien pohjalta ja sen vuoksi ne ovat joiltakin osin sosiaalisten perusoikeuksien kannalta puutteellisia tai niihin soveltumattomia²⁷⁴. Lavapuro on todennut, että perusoikeuksien yleisten oppien kehittymättömyys olisi merkittävä ongelma, koska perusoikeuksien kirjoitusasu on abstrakti, mutta ne ovat normatiivisesti vahvasti velvoittavia ja niiden velvoittavuus perustuu laajaan demokraattiseen yksimielisyyteen. Lavapuro korostaa, että perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta ei ole riittävää, että niitä sovelletaan vaan niitä on myös sovellettava oikein.²⁷⁵

Välttämätöntä toimeentuloa ja huolenpitoa turvaavan perustuslain 19 §:n 1 momenttia koskeva tulkintakäytäntö ja oikeustieteellinen systematisointi onkin siinä mielessä poikkeuksellista, että sen kohdalla on luotu jonkinlaista ydinalueen hahmotusta minimieksistenssiä koskevan systematisoinnin puitteissa²⁷⁶, mitä käsittelin sisällöllisesti tutkielman luvussa 3.

Oikeustieteellisessä tutkimuksessa näyttäisi kuitenkin olevan epäselkeyttä sen osalta, miten sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien pitäisi perusoikeuksien yleisten oppien ja hallinto-oikeudellisen harkintavaltateorian valossa välittyä konkreettisesti kunnan viranomaisen sosiaalisia oikeuksia koskevan harkintavallan eri tasoille erityisesti yleiseen järjestämisvelvollisuuteen piiriin kuuluvien palveluiden osalta.

Lähtökohtaisesti on huomattava, että perusoikeusjärjestelmässä on kyse ristiriitaisesta kokonaisuudesta, jonka käytännön soveltaminen edellyttää perus- ja ihmisoikeuksien yhteensovittamista ja punnintaa²⁷⁷. Myös sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien soveltamisessa jännitteeseen voivat joutua esimerkiksi kunnan itsehallinto, riittävät sosiaali- ja terveystalvet tai asiakkaan itsemääräämisoikeus. Husa on käsitellyt sosiaalisten perusoikeuksien turvaamisvelvoitetta suhteessa perusoikeudellisiin tulkintaperiaatteisiin ja nostonut esiin mahdollisuutta hahmottaa sosiaalisia perusoikeuksia osana perusoikeudellisia sääntelykokonaisuuksia, jotka voisivat muodostaa myös perusoikeushierarkioita. Husa näyttäisi kannattavan perusoikeusteorian tasolla nykyistä jäsentyneemmän perusoikeuspunnintaan liittyvän argumentaatiomallin rakentamista, jotta perusoikeuspunninnat eivät jäisi normatiivisesti niin avoimiksi.²⁷⁸

²⁷⁴ Sakslin 1999, s. 223.

²⁷⁵ Lavapuro 2012, s. 144.

²⁷⁶ Ks. Rautiainen 2013, s. 269.

²⁷⁷ Jyräki ja Husa 2014, s.396.

²⁷⁸ Husa 2008, s. 23-25. Näkemys haastaa ajatusta perusoikeusristiriitojen kontrolloinnista optimointimallilla, jossa korostetaan perusoikeuksien keskinäissuhteiden määrittävän kontekstisidonnaisesti vasta konkreettisesti soveltamistilanteessa ks. esim. Juho Lavapuron artikkeli ”*Miksi perustuslaille ei pitäisi antaa etusijaa?*” teoksessa Perusoikeuspuheenvuoroja. Turun yliopisto. 1998. s. 97. Husakin korostaa, että perusoikeuskokonaisuuksiin

Perusoikeusuudistus merkitsi myös perus- ja ihmisoikeuksien keskinäiseen tulkintaan liittyvän erillisteesin murtumista tai suhteellistumista, mikä on jatkunut valtiosäännön eurooppalaistumisen ja kansainvälistymisen vahvistuessa. Monien perusoikeussäännösten kuten perustuslain 19 §:n 1 momentin välttämätöntä huolenpitoa turvaavan säännöksen taustalla oli vastaava kansainvälisen ihmisoikeussopimuksen säännös, mikä johti perusoikeusjärjestelmän ja kansainvälisen ihmisoikeusjärjestelmän sisällölliseen lähentymiseen.²⁷⁹ Samalla hallituksen esityksessä (HE 309/1993 vp) korostettiin perusoikeusmyönteisen laintulkinnan ja ihmisoikeusmyönteisen laintulkinnan toiminnallista yhteyttä, mikä ilmenee myös perustuslain 22 §:n säännöksen sanamuodosta. Perus- ja ihmisoikeusjärjestelmän keskinäisessä suhteessa lähtökohtana on, että kansainväliset ihmisoikeudet asettavat yksilön oikeuksille minimitason, jonka päälle valtiot voivat halutessaan kansallisesti rakentaa vahvemman tason eikä perusoikeuksien tason alentamista voida tässä mielessä perustella tulkinnan harmonisoinnilla.²⁸⁰ Vaikka ihmisoikeussopimukset kohdistuvatkin ensisijaisesti valtioon, vaikuttavat ne valtiosisäisen voimaansaattamisen ja perus- ja ihmisoikeusmyönteisen laintulkinnan toiminnallisen yhteyden vuoksi myös suoraan esimerkiksi kuntien toimintaan²⁸¹.

Edellä sanottu huomioon ottaen Husan tarkoittamissa perusoikeudellisissa kokonaisuuksissa on mielestäni luontevaa ottaa huomioon myös ihmisoikeuksien vaikutus. Tutkielman luvussa 3. pyrin hahmottamaan eräänlaista perus- ja ihmisoikeudellista kokonaisuutta, jossa Euroopan ihmisoikeussopimukseen, Euroopan sosiaalisen peruskirjaan ja perustuslakiin perustuvat oikeus elämään, ihmisarvoa loukkaavan kohtelun kielto, oikeus välttämättömään huolenpitoon ja riittäviin sosiaalihuollon palveluihin muodostavat pohjan perus- ja ihmisoikeuksien toteuttamiselle ikääntyneiden kotiin annettavien sosiaalihuollon palveluiden osalta.

perustuvassa ajattelussa ei ole kyse perusoikeuksien jäykästä keskinäisestä hierarkiasta vaan nimenomaan eri perusoikeuksista syntyvien perusoikeuskokonaisuuksien välisestä joustavasta väistämismittavuudesta.

²⁷⁹ ks. tarkemmin ESP:n vaikutuksesta Suomen perustuslakiin Mikkola 2017, s. 46.

²⁸⁰ ks. Jyräni ja Husa 2012, s. 377-380. Myös valtiosääntöoikeuden kansainvälistymisestä ja eurooppalaistumisesta Ojanen 2014, s. 938 ja ihmisoikeuksien asettamasta minimitasosta s. 940. Ihmisoikeussopimusten merkityksestä perusoikeusuudistuksen taustalla ja erillisteesin murtumisesta sekä tulkinnan harmonisoinnista Viljanen 2001, s. 283-285 Viljanen 1996, s. 788-801. Perus- ja ihmisoikeusmyönteisestä laintulkinnan yhteydestä HE 309/1993 vp, s. 31. Sisällöllisestä lähentymisestä PeVM 25/1994 vp, s. 5.

²⁸¹ ks. esimerkiksi Tuori 2011, osa III.18 ”TSS-oikeuksien toteuttaminen”.

4.3.2 Taloudellisten voimavarojen merkitys

Perus- ja ihmisoikeuksien konkreettisen asiallisen sisällön ja soveltamistavan epäselvyyden lisäksi keskeinen ongelma toteuttamisvelvollisuuden soveltamisessa on sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien yhteys taloudellisiin resursseihin. Resurssiongelma liittyy osittain edellisen ongelman tavoin normien asiallisen sisällön epäselvyyteen. Toisin sanoen, jos viranomaisille ei ole selvää mitä vaatimuksia sosiaaliset perus- ja ihmisoikeudet edellyttävät poliittis-taloudelliselta päätöksenteolta, käytetään harkintatilanteissa helposti ensisijaisesti muita kuin perus- ja ihmisoikeuksiin suuntautuneita perusteita. Toisaalta näyttäisi siltä, että kyseessä on myös rakenteellinen yleisesti perus- ja ihmisoikeuksien toteutumiseen liittyvä syvempi ongelma.

Lähtökohtaisesti normatiivisesta näkökulmasta valtiontalouden säästötavoitteet taloudellisen laskusuhdanteen aikana voivat perustuslakivaliokunnan mukaan muodostaa hyväksyttävän perusteen puuttua jossain määrin myös perustuslaissa turvattujen oikeuksien tasoon.

Perustuslakivaliokunnan mukaan sääntely ei saa kokonaisuutena arvioiden vaarantaa perustuslaissa turvattun perusoikeuden toteutumista eikä siten tehdä tyhjäksi perusoikeuden ydinsisältöä.²⁸²

Perustuslakivaliokunta on korostanut, että budjettivaltaa käytettäessä pitäisi kiinnittää huomiota perustuslaillisiin toimeksiantoihin ja rakenteellisten säästö- ja kehittämispäätöksien kokonaisvaikutuksia tulisi arvioida suhteessa perus- ja ihmisoikeuksien toteutumiseen eikä ainoastaan perusoikeusristiriitojen näkökulmasta.²⁸³

Koskelon mukaan vallitsevassa budjettivallan käytössä ei kuitenkaan ole sellaista mekanismia, että budjettivalta ohjautuisi normivallan mukaan. Toisin sanoen hänen mukaansa perustuslain 22 §:stä huolimatta tosiasiallisesti raha ei seuraa lakia eikä lainsäädäntövallan käyttöä juurikaan ohjaa pyrkimys kattavaan perusoikeuksien toteuttamiseen, mikä on Koskelon mukaan johtanut oikeusjärjestyksen kroonisesti ristiriitaiseen ja epäkoherenttiin tilaan. Hänen mukaansa perustuslain 22 §:n edellyttämän aktiivisen toteuttamisvelvollisuuden sijaan suhtautuminen perusoikeuksiin on reaktiivista ja vastahankaistakin, mikä johtuu tosiasiallisista vaikeuksista poliittisessa ja taloudellisessa kamppailussa.²⁸⁴ Samoin Puumalainen on todennut, että perusoikeuksien toteuttamisvelvollisuuden valvonnan kannalta ongelmana on budjettiohjauksen sääntelemättömyys

²⁸² esim. PeVM 2/2016 vp ja siinä viitattu perustuslakivaliokunnan aikaisempi ratkaisukäytäntö.

²⁸³ esim. PeVL 52/2014 vp ja siinä viitattu perustuslakivaliokunnan aikaisempi ratkaisukäytäntö.

²⁸⁴ Koskelo 2012, s.113-114.

perusoikeuksien näkökulmasta. Puumalaisen mukaan esimerkiksi talousarvion arvioimiseen perusoikeusnäkökulmasta ei ole konkreettista velvoitetta.²⁸⁵

Länsineva on todennut edellä mainittujen huomioiden osalta, että perus- ja ihmisoikeuksien normatiivista sitovuutta ei ole haluttu tai kyetty ulottamaan julkista taloutta koskevaan päätöksentekoon, vaikka perustuslain 22 §:n turvaamisvelvollisuus koskee kaikkea julkista toimintaa. Hänen mukaansa valtion tai kuntien talousarvioproseduureihin ei ole kytketty systemaattisesti valvontamekanismia sen varmistamiseksi, että edes välttämättömimmät perus- ja ihmisoikeuksien toteutumisen edellyttämät resurssit tulisivat turvatuiksi. Länsineva korostaa, että kyse ei ole murrosvaiheeseen liittyvästä ilmiöstä vaan pikemminkin pysyväisluonteisesta ja jatkuvasti pahenevasta rakenteellisesta ongelmasta, jonka osalta hän mainitsee konkreettisena esimerkkinä muun muassa vanhusten huollossa käytetyn ns. kemiallisen sitomisen eli ikääntyneen henkilön rauhoittamisen lääkkeillä.²⁸⁶

Normatiivisesti perustuslain 22 §:n kuitenkin pitäisi ylettää vaikutuksensa myös kuntien budjettivallan käyttöön. Relevantteina kuntiin kohdistuvina oikeusvaikutuksina voidaan nostaa esiin ainakin perustuslain 19 §:n 3 momenttiin sisältyvä toimeksiantovaikutus ja sen kääntöpuolena olevan heikennyskieltovaikutus sekä perustuslain 19 §:n 1 momentin subjektiivisen oikeuden perustuva oikeusvaikutus²⁸⁷.

Erityisesti heikennyskieltovaikutus on olennainen taloudellisten voimavarojen arvioinnin suhteen. Perustuslakivaliokunta on heikennyskieltovaikutuksen arvioinnin yhteydessä antanut painoarvoa etuuskien tason ja julkisen talouden tilan väliselle suhteelle sekä heikennyksen keston rajaukselle suhteutettuna heikennystä perustelevien julkistalouden vakavien rahoitusvaikeuksien odotettavissa olevaan keston nähdessä.²⁸⁸ Heikennyskieltovaikutus on ensisijaisesti lainsäätäjään kohdistuva velvoite, mutta sillä pitäisi olla merkitystä myös kuntien toimintapolitiikan tasolla priorisointia ohjaavana velvoitteena²⁸⁹.

²⁸⁵ Puumalainen 2012, s. 273-274.

²⁸⁶ Länsineva 2013, s. 530.

²⁸⁷ Käsittelin edellisessä harjoitusseminaariryössä PL 19 §:n 1 momentin subjektiivisen oikeuden perustavaa oikeusvaikutusta, minkä osalta huomasin, että ikääntyneiden henkilöiden palveluiden toteuttamisessa säännöksellä oikeusvaikutuksella on käytännön merkitystä eduskunnan oikeusasiamiehen valvonnassa myös arvioitaessa yleisen järjestämisvelvollisuuden piiriin kuuluvia määrärahasidonnaisia palveluita.

²⁸⁸ PeVM 2/2016 vp.

²⁸⁹ ks. Tuori 2016, s. 259.

Rautiainen on tarkastellut sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien toteutumista toimeksiantovaikutuksen ja erityisesti sen kääntöpuolella olevan heikennyskieltovaikutuksen näkökulmasta. Rautiainen on esittänyt heikennyskieltoa koskevan mallin, jossa heikennyskieltovaikutus ymmärretään osittain sääntötyyppisenä ehdottomana käskynä ja osittain periaatetyyppisenä optimointikäskynä riippuen siitä kohdistuuko heikennys oikeuden toteutumisen nykytason alapuolelle, kansallisesti määritellyn perustuslakiin perustuvan oikeuden minimitason alapuolelle vai ihmisoikeusvelvoitteiden määrittämän minimitason alapuolelle. Mallissa heikennyskieltovaikutuksen piiriin kuuluvan oikeuden nykytasoa ei voida lähtökohtaisesti heikentää ilman yhteyttä käytössä olevien resurssien heikkenemiseen tai muuhun hyväksyttävään ja oikeasuhteisesti sovellettuun perusteeseen (optimointikäskynä soveltaminen). Oikeuden kansallisesti määritellyn perusoikeuksiin perustuvan minimisuojaus taso voidaan alittaa vain perustuslain säätämisjärjestyksessä (sääntötyyppinen) ja ihmisoikeuden minimitasoa ei voida periaatteessa alittaa ilman ihmisoikeusvelvoitteista irtaantumista (sääntötyyppinen).²⁹⁰

Rautiainen on todennut Euroopan sosiaalisten oikeuksien komitean valvontakäytännön perusteella, että TSS-oikeuksien toteuttamisvelvoite ja heikennyskielto ovat luonteeltaan ennen kaikkea ihmisten välistä eriarvoisuutta tasaamaan velvoittavia priorisointikäskyjä²⁹¹. Julkista taloutta koskevana priorisointikäskynä heikennyskielto kohdistuu nimenomaisesti siihen, että oikeuttaako käytössä olevien taloudellisten resurssien heikkeneminen perusoikeuden toteuttamisessa jo saavutetun tason heikentämistä. Käytännössä esimerkiksi budjetoinnissa tulisi siis ottaa huomioon eri palveluiden yhteys perus- ja ihmisoikeuksien toteutumiseen ja kohdentaa leikkauksia sellaisiin palvelujärjestelmiin, jotka eivät toteuta perus- ja ihmisoikeusvelvoitteita.²⁹² Rautiainen nostaa myös esiin tärkeän havainnon toteamalla, että tyypillisesti TSS-oikeuksien kohdalla oikeudenloukkaus on seurausta monen sinänsä yksittäisenä toimenpiteenä sallittavana pidettävän toimenpiteen yhteisvaikutuksesta ja useita erilaisia sääntelyinstrumentteja käyttävien toimijoiden toiminnasta²⁹³.

Nähdäkseni Rautiaisen huomio korostaa myös hallinto-oikeudellisen harkintavaltateorian osalta tarvetta hahmottaa perus- ja ihmisoikeuksien vaikutus monitasoisesti erilaisiin päätöksentekokonteksteihin ja palvelukokonaisuuksiin kytkeytyvinä oikeudellisina vaatimuksina,

²⁹⁰ Rautiainen 2013, s. 274. Seikkaperäisemmän heikennyskiellon arvioinnin osalta Rautiainen on joutunut hakemaan johtoa ulkomaisten tuomioistuinten käytännöstä, koska perustuslakivaliokunta ei ole käytännössä operoinut heikennyskieltovaikutuksella perusoikeuden minimitason yläpuolella eli optimointikäskytyyppisenä periaatteena.

²⁹¹ Rautiainen 2015, s. 470.

²⁹² Rautiainen 2013, s. 270-271.

²⁹³ Rautiainen 2015, s. 472.

joiden muoto vaihtelee periaatteista sääntöihin. Sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien tosiasiallisen toteutumisen näkökulmasta ei ole sinänsä merkitystä, sillä ymmärretäänkö jokin kunnan harkintatilanne perinteisen harkintavaltateorian näkökulmasta laillisuus- vai tarkoituksenmukaisuusharkinnaksi. Sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien sitovuuden vahvistuminen on kuitenkin vaikuttanut tai sen pitäisi vaikuttaa siihen, että myös perinteisesti tarkoituksenmukaisuusharkinnan piiriin kuuluva päätöksenteko on siirtynyt oikeudellisen ohjauksen alle. Harkintavaltatopin kannalta merkittävää on, että kansainvälisten ihmisoikeuksien valvontamekanismeihin liittyvä valtion harkintamarginaaliin liittyvä ajatus oikeastaan edellyttää, että kansallisella tasolla lainsoveltaja ei jätä viranomaiselle harkintavaltaa ihmisoikeuksien toteutumisen osalta²⁹⁴.

Rautiainen on arvioinut, että osassa TSS-oikeuksia koskevassa keskustelussa suhtaudutaan varovaisesti sosiaalisten oikeuksien aineellisen sisällön määrittelyyn, koska niiden koetaan kuuluvan talous- ja yhteiskuntapolitiikan kautta määrittyviksi käsitteiksi. Hänen mukaansa perustuslain 22 § on kuitenkin hylännyt ajatuksen valtion positiivisista toimintavelvoitteiden alan määrittelystä ei-oikeudellisena kysymyksenä, mikä edellyttäisi normatiivisen ja empiirisen tiedon yhdistämistä toisiinsa.²⁹⁵ Sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien toteutumisen näkökulmasta viranomaisharkinnassa sosiaalisten oikeuksiin liittyvä oikeudellinen harkinta tulisi ymmärtää informaation, tavoitenormien ja virallislähteiden erityiseksi soveltamiseksi eikä niinkään perinteisessä mielessä poliittiseksi ”vapaaksi” tarkoituksenmukaisuusharkinnaksi, joka olisi kokonaisuudessaan alisteinen esimerkiksi kunnan vapaalle poliittis-taloudelliselle päätöksenteolle.

Tutkielman neljännessä luvussa olen käsitellyt hyvinvointivaltiollista sääntelyä ja sosiaalisia oikeuksia harkintavallan näkökulmasta. Harkintavallan tutkiminen on mahdollistanut ikääntyneiden henkilöiden kotiin annettavan sosiaalihuollon suhteuttamisen laajempaan sääntely- ja päätöksentekokontekstiin, jossa oikeudelliset normit sekä rajoittavat että mahdollistavat poliittista päätöksentekoa. Samalla esimerkiksi sosiaalihuollon toteuttamiseen liittyvät priorisointiratkaisut ovat käytännössä edellytys sosiaalisten oikeuksien toteutumiselle rajallisten resurssien ja säästötavoitteiden keskellä. Oikeusrealistisesta näkökulmasta on tärkeää huomata, etteivät sosiaaliset oikeudet synny ja toteudu automaattisesti lainsäätäjän päätöstä seuraten; sen sijaan oikeudelliset normit jatkavat syntymistä, muodostumista ja toteutumista viranomaisen harkitessa ratkaisuja hyvinvointivaltion hallinnon risteyksissä.

²⁹⁴ Ojanen ja Scheinin 2010, osa II.4 ”Ei harkintamarginaalia”.

²⁹⁵ Rautiainen 2015, s.473 ja Rautiainen 2013, s. 279.

5. Ikääntyneen henkilön kotiin annettavien sosiaalihuollon palvelujen oikeudellinen sääntely saatavuuden ja riittävyyden näkökulmasta

Tutkielman seuraavassa osassa käsittelen tavallisen lainsäädännön ja hyvinvointivaltion hallinnon viranomaistason näkökulmasta kysymyksiä ikääntyneiden kotiin annettavien sosiaalihuollon palveluiden saatavuudesta ja riittävyydestä. Suhteutan tarkasteluni edellä käsiteltyihin systematisointeihin, tulkintoihin ja huomioihin. Tässä luvussa palaan toisin sanoen käsittelemään konkreettisemmin ikääntyneiden sosiaalihuollon palvelujärjestelmää enkä liiku enää yhtä voimakkaasti harkintavaltaan liittyvien yleisten kysymysten äärellä. Tämä luku vastaa edelleen aiemmin esitettyihin tutkimuskysymyksiin koskien ikääntyneiden kotiin annettavien sosiaalihuollon palveluiden harkintavaltaa ja sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien toteutumista. Luku vastaa kuitenkin erityisesti tutkimuskysymykseen ” Muodostuuko ikääntyneelle subjektiivisia oikeuksia kotiin annettaviin sosiaalihuollon palveluihin? Jos ei, miten ikääntyneen henkilöön huolenpito kotonaan on toteutettu ja turvattu sääntelyssä?”

Kuten olen edellä esittänyt, keskeinen sosiaalisten oikeuksien sisältöön ja toteutumiseen vaikuttava tekijä on poliittisesti ohjattujen taloudellisten voimavarojen merkitys viranomaisharkinnassa. Riippuen yksilön oikeuksien luonteesta, voi palvelun saatavuuden ja riittävyyden sitominen taloudellisiin voimavaroihin olla oikeudellisesti sallittua tai kiellettyä. Seuraavaksi pyrin selvittämään ikääntyneiden kotiin annettavien palveluiden oikeudellista luonnetta erityisesti suhteessa vanhuspalvelulain säätämiseen. Tarkastelen asiantuntijaharkinnan, itsemääräämisoikeuden ja asiakkaan harkinnan välisyyttä. Lopuksi käsittelen myös erikseen sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien toteuttamista.

5.1 Sääntelyn epätäsmällisyys ja oikeuksien luonne

Sosiaalihuoltolain sääntelyssä ikääntyneiden kotiin annettavien palveluiden saamisedellytysten sanamuodot perustuvat väljiin ja epätäsmällisiin sanamuotoihin, kuten tarve, toimintakyky ja alentuminen. Säännöstasolta ei myöskään ilmene suoraan oikeuksien suhdetta taloudellisiin voimavaroihin eli toisin sanoen mitkä palvelut voitaisiin mieltää yksilön subjektiivisiksi oikeuksiksi ja mitkä määrärahoista riippuvaisiksi. Perustuslakivaliokunta arvioi lakiehdotusta koskevassa lausunnossaan, että lakiehdotukseen sisältyi hyvin harvoja konkreettisia kunnan erityiseen

järjestämisvelvollisuuteen kuuluvia subjektiivisia oikeuksia, joina voitiin pitää lähinnä lapsiperheen välttämätöntä kotipalvelua eräissä tilanteissa ja raskaana olevan henkilön oikeutta saada riittävät päihteettömyyttä tukevat palvelut.²⁹⁶

Sääntelyn täsmällisyyden osalta perustuslakivaliokunta totesi lausunnossaan, että lakiehdotus muodostuu perusoikeuksien toteutumisen kannalta merkitykselliselle lainsäädännölle asetettavan täsmällisyystvaatimuksen näkökulmasta melko väljäksi, mutta tämä on sosiaalihuoltolain yleislakiluonteen sekä sosiaalipalvelujen ja niiden sääntelyn luonne huomioon ottaen sinänsä ymmärrettävää. Edelleen perustuslakivaliokunta piti tärkeänä, että sääntelystä ilmenisi mahdollisimman selkeästi, mitkä tehtävät kuuluvat kunnan erityisen järjestämisvelvollisuuden ja mitkä määrärahasidonnaisen kunnan yleisen järjestämisvelvollisuuden piiriin.²⁹⁷

Mielestäni sääntelyn väljyyden perusteleminen sosiaalihuoltolain yleislakiluonteella edellyttää, että palvelusta olisi säädetty tarkemmin erityislaissa. Monien sosiaalihuollon erityisryhmien kohdalla palvelun varsinaiset saamisedellytykset määrittyvät erityislaissa, jolloin sosiaalihuoltolaki toimii aidosti yleislakina. Ikääntyneiden henkilöiden kohdalla suuri osa kotiin annettavista palveluista perustuu kuitenkin suoraan sosiaalihuoltolakiin, jolloin yleislakiluonne sääntelyn väljyyttä legitimoivana perusteena on ongelmallinen. Tältä osin kuitenkin laki omaishoidontuesta toimii tarkoituksenmukaisesti erityislakina sosiaalihuoltolaille.

Tavoiterationaalisen sääntelymallin ja viranomaisharkinnan näkökulmasta perustuslakivaliokunnan lausunnossa erityisen mielenkiintoista on sosiaalipalvelujen sääntelyn ja palvelujen *luonteen* käyttäminen sääntelyn väljyyttä legitimoivana perusteena. Valiokunta ei avaa lausunnossaan tarkemmin, mitä se tarkoittaa sosiaalipalvelun luonteella tässä yhteydessä. Todennäköisesti kyse on sosiaalialan erityisasiantuntemukseen perustuvan harkinnan roolista sosiaalipalvelujen saamisedellytysten täyttymisen arvioinnissa. Esimerkiksi kiireellisten sosiaalipalvelujen väljää sääntelytapaa perusteltaessa on saatettu vedota siihen, että kyky tunnistaa inhimillinen hätä ja kiireellinen avun tarve yksittäistapauksessa kuuluu jokaisen sosiaali- ja terveydenhuollon ammattilaisen ammattitaitoon²⁹⁸.

²⁹⁶ PeVL 36/2014 vp, s. 2.

²⁹⁷ PeVL 36/2014 vp, s. 3.

²⁹⁸ HE 160/2012 vp, s. 29.

Toisin sanoen perustuslakivaliokunta ymmärtää sosiaalihuoltolain sääntelyn epätasällisyyden, koska sosiaalipalvelujen antaminen on kiinnittynyt vahvasti sosiaalialan asiantuntijaharkintaan, jonka täsmällinen oikeudellinen sääntely olisi mahdotonta tai epätarkoituksenmukaista. Samaan aikaan valiokunta pitää kuitenkin väljyyttä ongelmallisena sosiaalisten perusoikeuksien toteutumisen ja kunnille annettavien tehtävien täsmällisen määrittelyn kannalta.

Myös perustuslakivaliokunnan lausunnon perusteella sosiaalioikeudellisen harkinnan jännitekohdat näyttäisivät piirtyvän sääntelyn väljyyden tai joustavuuden, asiantuntijaharkinnan välttämättömyyden, taloudellisten voimavarojen merkityksen ja sosiaalisten oikeuksien tosiasiallisen toteutumisen pinnoille. Väljä epätasällinen sääntely siirtää riskiä oikeuksien toteutumatta jäämisestä asiantuntijoille eli sosiaalialan ammattilaisille, joiden harkinta ei kuitenkaan tapahdu puhtaasti sosiaalialan asiantuntemuksen ja oikeudellisten tekijöiden puitteissa vaan myös esimerkiksi taloudellisia tehokkuustavoitteita toteuttavassa hallinnossa.

5.1.1 Vanhuspalvelulaki yrityksenä vahvistaa oikeuksien toteutumista

1.7.2013 voimaan tulleen vanhuspalvelulain (Laki ikääntyneen väestön toimintakyvyn tukemisesta sekä iäkkäiden sosiaali- ja terveyspalveluista) taustalla oli tavoite puuttua ikääntyneiden henkilöiden palveluissa ilmenneisiin epäkohtiin. Ikääntyneiden henkilöiden sosiaalisten oikeuksien tosiasiallinen toteutuminen palvelujärjestelmän ja voimassa olevan sääntelyn puitteissa on ollut vanhustenhuollon ikuisuuskytymyksiä jo vuosia ennen vanhuspalvelulain säätämistä. Ongelmiin on pyritty vastaamaan informaatio-ohjauksen keinoin antamalla erilaisia oikeudellisesti sitomattomia laatusuosituksia. Vanhuspalvelulain säätämisen keskeinen tausta-ajatus oli, ettei informaatio-ohjaus yksinään ole riittävä tae laadukkaiden palveluiden ja ikääntyneiden sosiaalisten oikeuksien toteutumiselle.²⁹⁹

Vanhuspalvelulain valmisteluvaiheessa esillä oli ehdotus, jonka mukaan ikääntyneellä henkilöllä olisi ollut palvelusuunnitelmassa tarpeelliseksi todettuihin palveluihin subjektiivinen oikeus.

9.3.2011 lakiluonnoksessa vanhuspalvelulaiksi ikääntyneen oikeus oli muotoiltu seuraavasti lakiehdotuksen 14 §:n 1 momentissa³⁰⁰:

²⁹⁹ HE 160/2012 vp, s. 5.

³⁰⁰ 9.3.2011 lakiluonnos pyydetty sosiaali- ja terveysministeriöstä 29.6.2018 asiakirjapyyntönä.

14 §

Oikeus palveluihin

Iäkkäällä henkilöllä on oikeus ikääntymisestä aiheutuvan toimintakyvyn heikkenemisen, sairauden tai sosiaalisten taikka muiden vastaavien syiden perusteella hänen yksilöllisten tarpeidensa kannalta riittäviin sosiaalipalveluihin hoivassa ja kuntoutuksessa sen mukaisesti kuin sosiaalipalvelujen tarpeen selvittänyt 11 §:n 2 momentissa tarkoitettu ammattihenkilö on arvioinut palvelusuunnitelmassa. Iäkkään henkilön oikeudesta terveyden- ja sairaanhoitoon on voimassa, mitä terveydenhuoltolaissa ja potilaan asemasta ja oikeuksista annetussa laissa säädetään.

Lakiehdotukseen sisältyvässä oikeudessa olisi siis ollut kyse kunnan määrärahoista riippumattomasta yksilön subjektiivisesta oikeudesta palvelusuunnitelmassa yksilöllisesti tarpeelliseksi arvioituihin palveluihin. Lakiehdotuksessa subjektiivinen oikeus olisi koskenut ainoastaan hoivan ja kuntoutuksen toteuttamista, joten se ei olisi koskenut esimerkiksi omaishoidon tukea. Kotipalvelut olisivat sen sijaan sisältyneet hoivan piiriin. Vanhuspalvelulain valmistelun yhteydessä ehdotuksesta kuitenkin luovuttiin lopulta palvelusuunnitelman sitovuutta vahvistavan sääntelyn ongelmallisuuden ja lausuntopalautteen vuoksi.³⁰¹ Lakiluonnokseen sisältynyt ehdotus on kuitenkin konkreettinen esimerkki sääntelytavasta, joka yhdistäisi asiantuntijaharkinnan edellyttämän joustavuuden yksilön oikeuksien toteutumisen varmistamiseen suoraan säännösten tasolla ainakin täsmällisemmin kuin nykytilanteessa.

Voimassa olevassa vanhuspalvelulaissa päädyttiin sääntelytapaan, jossa säännellään runsaasti ”laadun” ja ”riittävien” palveluiden käsitteiden avulla sekä pyritään luomaan toimintapolitiikan tason rakenteita, jotka vahvistaisivat oikeutta palveluihin (11 § vanhusneuvosto, 6-7 § kunnan velvollisuus arvioida palvelujen saatavuutta ja riittävyyttä, 9 § riittävien voimavarojen varaamisen velvollisuus). Sinänsä uuden sääntelyn ei pitäisi muuttaa oikeustilaa ottaen huomioon, että kuntien on jo aikaisemmin pitänyt järjestää riittävät palvelut resursseineen, mikä on myös edellyttänyt kunnassa esiintyvän yleisen palvelutarpeen arviointia. Arajärvi toteaa vanhuspalvelulain riittäviä voimavaroja koskevan säännöksen (9§) olevan lähinnä ohjelmallinen ottaen huomioon, ettei voimavarojen ohjaamista määritellä laissa tai esitoissa tarkemmin³⁰².

³⁰¹ 9.3.2011 lakiluonnoksen hallituksen esitys eduskunnalle iäkkään henkilön sosiaali- ja terveyspalvelujen saannin turvaamisesta, s. 18 ja HE 160/2012 vp, s. 5-7.

³⁰² Arajärvi 2014, s. 263.

Voimassa olevassa vanhuspalvelulaissa pyrittiin vahvistamaan palvelusuunnitelman merkitystä kuitenkin luopuen 9.3.2011 lakiluonnoksessa ehdotetusta subjektiivisesta oikeudesta palvelusuunnitelman palveluihin. Hallituksen esityksessä todetaan sääntelyn vahvistavan palvelusuunnitelman asemaa ja tarkoituksena on, että iäkkäälle henkilölle järjestetään vähintään palvelusuunnitelman mukaiset palvelut. Hallituksen esityksessä todetaan edelleen, että jos päätöksenteossa joudutaan ”erityisen painavasta syystä” poikkeamaan palvelusuunnitelmasta, poikkeamisen syy on perusteltua kirjata päätökseen.³⁰³ Kun palvelusuunnitelman sitovasta luonteesta subjektiivisena oikeutena kuitenkin nimenomaisesti luovuttiin hallituksen esityksenkin mukaan, näyttäytyy yksilön oikeus tarpeensa mukaisiin palveluihin olevan edelleen voimakkaasti riippuvainen taloudellisista voimavaroista. Valittu sääntelymalli kuvastaa poliittista vaikeutta löytää tasapaino yksilön sosiaalisia oikeuksia toteuttavan ja riittävää asiantuntija- sekä sopeuttamisharkintaa mahdollistavan sääntelyn välillä suhteessa käytettävissä oleviin taloudellisiin voimavaroihin.

Vanhuspalvelulaki pyrkii myös vahvistamaan yksilön menettelyoikeuksia³⁰⁴, jotka turvaavat asian riittävän ja oikea-aikaisen selvittämisen. Menettelysäännökset toki vahvistavat aineellisen oikeuden mukaiseen lopputulokseen pääsemistä, mutta ne eivät korjaa ikääntyneiden kotiin annettavien palveluiden epätasomalliseen määrittelyyn liittyviä jännitteitä suhteessa asiantuntijaharkintaan ja taloudellisiin voimavaroihin. Vaikuttaa siltä, että vaikka ikääntyneet henkilöt ovat saaneet vanhuspalvelulain myötä nimellisesti oman erityislakinsa, ikääntyneiden kotiin annettavien palveluiden sääntely jäi kuitenkin edelleen epäselvempään oikeustilaan kuin muiden erityisryhmien kohdalla, joita koskee oma erityislainsäädäntö.

Arajärven mukaan vanhuspalvelulaissa yksilöltä ikään kuin viedään oikeudet ja annetaan tilalle vastauksia tarpeisiin.³⁰⁵ Kyse on sääntelytavasta, joka nojaa vahvemmin byrokraattis-hallinnolliseen traditioon kuin yksilön oikeuksia korostavaan oikeusvaltiotraditioon. Tämä tarkoittaa myös sitä, että ikääntyneiden kotiin annettavia sosiaalihuollon palveluita on riittämätöntä tarkastella oikeudellisesti yksinomaan julkisen vallan ja yksityisen välisestä oikeus-velvollisuus -

³⁰³ HE 160/2012 vp, s. 48. Lainvalmisteluvaiheessa myös sosiaali – ja terveysvaliokunta korosti mietinnössään palvelusuunnitelman tärkeyttä sosiaalipalveluja myönnettäessä.

³⁰⁴ Ks. vanhuspalvelulain 3 luku.

³⁰⁵ Arajärvi 2014, s. 267.

näkökulmasta, joka jää helposti ohueksi näkökulmaksi sosiaali oikeudellisen sääntelyn luonteen vuoksi.

Samalla on huomattava, että sosiaali- ja terveysministeriön informaatio-ohjauksessa laatusuosituksille annetaan edelleen huomattavaa merkitystä vanhuspalvelulain tulkinnassa³⁰⁶. Vanhuspalvelulain epätasälliset yksilön tarpeita kuvaavat säännökset ikään kuin nivoutuvat oikeudellisesti sitomattomien laatusuositusten kanssa yhteen ilman, että yksilölle missään vaiheessa muodostuisi varsinaista taloudellisista voimavaroista riippumatonta oikeutta palveluihin. Kun vanhuspalvelulain sääntelytapa edelleen yhdistyy sosiaalihuoltolain avoimeen sääntelyyn, ikääntyneiden kotiin annettavien palveluiden osalta näyttäisi siltä, että viranomaisharkinnan merkitys korostuu huomattavasti. Tässä vaiheessa haluan kuitenkin tuoda esiin, että vanhuspalvelulain kaltainen sääntely ei merkitse yksiselitteisesti yksilön vaikutusvallan kaventumista. Kyse on sen sijaan julkisen vallan ja ikääntyneen henkilön välisen suhteen muodostumisesta eri tavalla kuin yksiselitteisen oikeus-velvollisuus -mallin kautta.

5.2 Asiakkaan harkinta

Edellä totesin, että ikääntyneiden kotiin annettavien sosiaalihuollon palveluiden oikeudellista luonnetta ei tulisi tarkastella ainoastaan perinteisessä mielessä yksilön oikeuksien ja niitä toteuttavan julkisen vallan velvollisuuksien vastaavuuden näkökulmasta. Kyse on sen sijaan eräänlaisesta tarve-asiantuntijaharkinta-neuvottelu -tyyppisestä vuorovaikutuksesta³⁰⁷, jossa yksilön oikeutta ei ole etukäteen määritetty täsmällisten tosiseikkakriteerien perusteella. Vastuukysymysten kannalta on tärkeää ymmärtää, että kyseessä on aina pohjimmiltaan julkisen vallan ja yksityisen välinen epätasapainoinen tilanne, jossa julkisella vallalla on viime kätinen vastuu huolenpidon toteuttamisesta. Väitän kuitenkin, että julkisen ja yksityisen välinen suhde voidaan ymmärtää ikääntyneiden kotiin annettavien sosiaalihuollon palvelujen kohdalla huomattavan monisyisesti, jolloin koti yksityisenä hoivan paikkana kietoutuu julkisen palvelujärjestelmän kanssa osittain yhteen. Kodin luonne yksityisenä julkiselta vallalta suojattuna paikkana väljenee, mutta kodista ei tule täysin julkista hoivalaitostakaan.

³⁰⁶ ks. esimerkiksi STM:n ja THL:n yhteisjulkaisu Vanhuspalvelulaki – pykälistä toiminnaksi (ohjaus 14, 2013), jossa laatusuosituksia ja THL:n julkaisuja liitetään suoraan yksittäisten pykälien tulkintaan.

³⁰⁷ Palvelutarpeen selvittäminen tehdään sosiaalihuoltolain 36 §:n ja vanhuspalvelulain 15 §:n mukaisesti yhteistyössä asiakkaan ja hänen omaistensa kanssa.

Tämän tutkielman ensisijainen näkökulma on liikkunut hyvinvointivaltiollisen sääntelyn ja viranomaisnäkökulman välillä. Julkisen ja yksityisen välisen suhteen kietoutumisen näkökulmasta harkintaa on kuitenkin mielekästä tarkastella myös ”toisesta päästä” eli asiakkaan harkinnan puolelta. Pyrin vastaamaan tässä yhteydessä siihen, kuinka ikääntyneen henkilön huolenpito kotonaan on turvattu ottaen huomioon, ettei sääntely perusta ikääntyneelle henkilölle subjektiivisia oikeuksia. Ajatukseni on, että huolenpito muodostuu olennaisilta osin viranomaisen, asiakkaan ja heidän yhdessä tekemänsä harkinnan tuloksena. Voimassaolevan oikeuden näkökulmasta asia voidaan hahmottaa myös asiakkaan harkintavallan ja asiakkaan edun avulla.

Asiakkaan harkinta on erityisesti sosiaalioikeudellisessa sääntelyssä ja harkintavaltateoriassa ilmenevä aihe, joka liittyy asiakkaan itsemääräämisoikeutta, osallisuutta ja päätäntävaltaa korostavien normien ymmärtämiseen suhteessa harkintavaltaan. Tällaisia normeja on nykyään lainsäädäntötasolla esimerkiksi sosiaalihuoltolaissa, sosiaalihuollon asiakaslaissa ja vanhuspalvelulaissa. Sosiaalihuollon asiakaslain 8 §:n mukaan sosiaalihuoltoa toteutettaessa on ensisijaisesti otettava huomioon asiakkaan toivomukset ja mielipide ja muutoinkin kunnioitettava hänen itsemääräämisoikeuttaan.

Nähdäkseni sosiaalioikeudellisessa sääntelyssä asiakkaan asemaa korostava sääntely ei ole ainoastaan yleisen hallinto-oikeudellisen osallisuus- tai kuulemisperiaatteen heijastumista sosiaalioikeudelliseen sääntelyyn vaan asiakkaan harkintavallan korostamisessa on kyse perinteistä paternalistista hyvinvointivaltiollista sääntelymallia tasapainottavasta ja oikeuttavasta sääntelystä. Voidaan myös ajatella, että joissakin tilanteissa onnistunut asiantuntijaharkinta edellyttää asiakkaan aktiivista roolia.³⁰⁸

Kalliomaa-Puha on todennut, että kysymys asiakkaan harkinnasta on oikeustieteen näkökulmasta outo, koska asiakkaan päätöksentekoa on tarkasteltu suhteessa itsemääräämisoikeuteen ja harkintavaltaa suhteessa viranomaisen velvollisuuksiin. Tosiasiallisesti asiakkaat kuitenkin tekevät harkintaa monissa sosiaalihuollon tilanteissa kuten palveluseteliä käytettäessä, terveydenhuoltopaikan valinnassa ja vammaispalveluun kuuluvan henkilökohtaisen avun työnantajamallissa. Asiakkaan harkintaa tulisikin nähdäkseni tarkastella nimenomaan suhteessa viranomaisen harkintavaltaan. Kalliomaa-Puhan tarkastelun perusteella voidaan harkintavallan

³⁰⁸ Sosiaalihuollon asiakaslakia koskevassa hallituksen esityksessä todettiin, että tarkoitus on ollut vahvistaa itsemääräämisoikeutta siitä, mitä hallinto-oikeudellisissa yleissäännöksissä säädetään. HE 137/1999 vp, s.23 ja muutoinkin asiakkaan aseman korostamisen tavoitteesta s. 13-14 sekä StVM 18/2000 vp, s. 3-4.

käyttöä jaotella sosiaaioikeudessa uudella tavalla: 1) viranomaisen yksin tekemä harkinta, 2) viranomaisen ja asiakkaan yhdessä tekemä harkinta ja 3) asiakkaan yksin tekemä harkinta. Neljäntenä kategoriana tai viimeksi mainittuun kuuluvana voidaan vielä mainita 4) asiakkaan edustajien ja omaisten tekemä harkinta.³⁰⁹

Asiakkaan harkintaan liittyy monia harkintavaltateorian kannalta mielenkiintoisia kysymyksiä; Onko asiakkaan harkinnassa kyse viranomaisen harkintavallan sisällä tapahtuvasta harkinnasta vai laajentaako asiakkaan harkinta viranomaisella muutoin olevia harkintavaihtoehtoja? Miten sosiaaioikeudellista tarveperiaatetta sovelletaan suhteessa asiakkaan harkintaan? Mihin eri palvelun toteuttamista koskeviin osiin asiakkaan harkinta ylettyy ja minkä laajuisena? Perustuuko omaisten harkintavalta aina asiakkaan harkintaan vai onko omaisilla itsenäistä harkintavaltaa? Miten perus – ja ihmisoikeuksien toteuttaminen ja asiakkaan harkinta sopivat yhteen? Näihin kysymyksiin yleinen vastaaminen edellyttäisi kuitenkin syvällistä itsemääräämisoikeutta ja sosiaalihuollon menettelynormeja koskevaa tutkimusta, johon tässä tutkielmassa en ole keskittynyt. Aihe on kuitenkin mielenkiintoinen ja toivottavasti tulevaisuudessa tutkimuksen kohteena. Sen sijaan käsittelen tässä yhteydessä asiaa alustavasti ikääntyneiden kotiin annettavien sosiaalihuollon palveluiden konkreettisesta näkökulmasta.³¹⁰

Sosiaalihuollon asiakaslakiin, vanhuspalvelulakiin ja sosiaalihuoltolakiin perustuvissa asiakkaan osallisuutta ja itsemääräämisoikeutta korostavissa säännöksissä todetaan yleisesti, että asiakkaan toivomukset ja mielipiteet on otettava *huomioon*. Säännösten sanamuodon perusteella jää kuitenkin epäselväksi, millä tavalla konkreettisesti yksittäistapauksessa palvelun saamisedellytyksiä ja järjestämistapaa määriteltäessä asiakkaan mielipiteiden tulisi vaikuttaa viranomaisen harkintaan.

Lienee sinänsä selvää, että esimerkiksi arvioitaessa tosiseikastotasolla asiakkaan terveydentilaa ja toimintakykyä, ei asiakkaan omalla mielipiteellä sinänsä pitäisi olla objektiivisen arvion kannalta merkitystä. Voitaisiin ajatella, että asiakkaan toimintakyky ja tarve arvioidaan täysin asiantuntijaharkinnan piirissä (viranomaisen yksin tekemä harkinta) ja sen jälkeen tarpeeseen vastaamiseen eli palvelun valitsemiseen vaikuttaisi myös asiakkaan oma harkinta (viranomaisen ja

³⁰⁹ Kalliomaa-Puha 2014, s. 275 ja 281. Ilmeisesti jaottelun pohjana on samassa teoksessa ilmestyneen YTT Heli Valokiven artikkeli ”Harkinnan käyttäjänä vai kohteena? – Vanhuspalvelujen asiakkaan näkökulma harkintaan”.

³¹⁰ Vastaaminen edellyttäisi syvällistä itsemääräämisoikeutta ja menettelynormeja koskevaa tutkimusta, johon tässä tutkielmassa en ole keskittynyt. Aihe on kuitenkin mielenkiintoinen ja toivottavasti tulevaisuudessa tutkimuksen kohteena.

asiakkaan yhdessä tekemä harkinta). Kuitenkin esimerkiksi omaisen halu ja sitoutuminen omaishoitajana toimimiseen tulee arvioitavaksi jo omaishoidontuen saamisedellytysten arvioinnissa. Myös asiakkaan motivaatiolla asua kotona voi olla merkitystä arvioitaessa hänen kykyään asua kotona. Palveluntarvetta selvitetessä asiakkaan mielipiteet ja toivomukset ovat ikään kuin viranomaisen asiantuntijaharkintaan sisältyvän selvittämisen kohteena. Asiakkaan yksilöllinen palvelun tarve ei siis välttämättä ole kaikilta osin objektiivisesti määriteltävissä vaan siihen vaikuttaa myös asiakkaan subjektiivinen kokemus ja harkinta omista voimavaroista ja tarpeista.

Sosiaalihuoltolakia koskevan hallituksen esityksen perusteluissa lähdetään siitä, että asiakkaan itsemääräämisoikeuden kunnioittaminen merkitsisi muun muassa asiakkaan valinnanmahdollisuutta siihen, miten ja missä palvelut toteutetaan³¹¹. Samalla on kuitenkin huomattava, että lähtökohtaisesti palvelun käytännön toteuttamistapa yksilökohtaisella tasolla kuuluu pääasiassa tosiasiallisen hallinnon piiriin, jossa ei tehdä erikseen varsinaisia hallintopäätöksiä eikä palvelun toteuttamiseen liittyviä laatuksymyksiä siis välttämättä erikseen harkita päätöksen myöntämistä koskevassa ratkaisussa yksittäistapauksen tasolla eikä myöskään asiakkaan mielipiteillä silloin ole tältä osin sitovaa tai selvää vaikutusta. Jääskinen on todennut, että kuntalaisilla on yleensä virheellinen käsitys siitä, että kunnan erityinen järjestämisvastuu koskisi palvelun toteuttamistapaa, joka jää kuitenkin lähtökohtaisesti kunnan harkintaan, jollei harkinta tosiasiasa johda oikeuden toteutumatta jäämiseen³¹².

Asiakkaan harkintavalta piirtyy selkeästi esiin, jos ikääntyneen henkilön kotiin annettavat palvelut toteutetaan kunnassa palvelusetelijärjestelmän kautta. Kunnan antaessa ikääntyneelle henkilölle palvelusetelin, kunta sitoutuu maksamaan ikääntyneen henkilön hankkimat palvelut (kunnan hyväksymältä yksityiseltä palvelujen tuottajalta) kunnan päätöksellä asetettuun setelin arvoon asti. Toisin sanoen harkintavalta palvelun riittävydestä tai laadusta siirtyy selkeästi ikääntyneelle henkilölle yksilökohtaisella tasolla, mutta kunta on kuitenkin kontrolloinut palvelun riittävyttä hyväksymällä yksityisen palvelun tuottajan palvelusetelijärjestelmään.³¹³

Palvelusetelinjärjestelmässä asiakkaan harkintavalta ei enää ole yhtä kiinteästi suhteessa asiantuntijan yksilökohtaiseen harkintaan kuin perinteisessä sosiaalipalveluja koskevassa

³¹¹ HE 164/2014 vp, s.100

³¹² Jääskinen 2006, s. 17.

³¹³ ks. Laki sosiaali- ja terveydenhuollon palvelusetelistä (669/2009) ja laki sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionavustuksesta (733/1992).

päätöksenteossa. Palvelusetelinjärjestelmä laajentaa ikääntyneen henkilön mahdollisuutta käyttää harkintaa myös sellaisiin palvelun riittävyttä ja laatua määrittäviin tekijöihin, jotka perinteisessä sosiaalipalveluja koskevassa päätöksenteossa jäisivät helposti tosiasiallisen hallinnon piiriin ja siten asiakkaan harkintavallan ulottumattomiin.

5.3 Asiakkaan etu

Voimassaolevan lainsäädännön näkökulmasta on selvää, että viranomaisella säilyy viimesijainen vastuu palvelun sopivuudesta ja riittävydestä. Asiakkaan harkinnan ei siten pitäisi tarkoittaa julkisen vallan vastuun siirtymistä yksityiselle, vaan julkisen vallan on varmistuttava, että asiakkaan harkinnan piirissä olevat vaihtoehdot ovat asiakkaan edun mukaisia ja asiakas kykenee valitsemaan vaihtoehtoista mieleisensä. Tämän tutkielman yhteydessä en käsittele tarkemmin asiakkaan kykyä tehdä valintoja, jonka osalta esimerkiksi Mäki-Petäjä-Leinonen on tehnyt laajaa tutkimusta. Asiakkaan edun käsitettä on kuitenkin syytä tarkastella lyhyesti, koska se sitoo viranomaisharkintaa ja asiakkaan harkintaa yhteen osoittamalla asiakkaan harkintavallan viimekätisiä rajoja.

Asiakkaan edun käsite ilmenee nykyään muun muassa sosiaalihuoltolain, sosiaalihuollon asiakaslain ja vanhuspalvelulain sääntelystä. Asiakkaan edun huomioiminen merkitsee sitä, että asiakasta koskeva asia on käsiteltävä ja ratkaistava siten, että ensisijaisesti otetaan huomioon asiakkaan etu. Periaate lävistää koko sosiaalihuollon toteuttamista ja edellyttää, että asiakkaan etu on aina ensisijainen³¹⁴. Perttola on kuvannut artikkelissaan *Asiakkaan etu vanhuspalveluja koskevissa soveltamisohjeissa (2017)* asiakkaan edun käsitettä perus- ja ihmisoikeuksiin perustuvana arvo- ja ratkaisuperiaatteena, jonka tunnusmerkistö määrittyy yksilöllisessä ratkaisutilanteessa.³¹⁵ Perttola vertaa asiakkaan edun periaatetta YK:n lapsen oikeuksien sopimukseen perustuvaan lapsen edun periaatteeseen. Vertaukselle löytyy tukea myös hallituksen esityksestä sosiaalihuoltolaiksi, jossa todetaan suoraan, että sosiaalihuoltolain 30 §:n 2 momentissa viitattu asiakkaan etu vastaisi Lapsen oikeuksien yleissopimuksen 3 artiklan velvoitetta ottaa ensisijaisesti huomioon lapsen etu kaikissa julkisen tai yksityisen sosiaalihuollon, tuomioistuinten, hallintoviranomaisten tai lainsäädäntöelimien toimissa, jotka koskevat lapsia.

³¹⁴ HE 164/2014 vp, s. 99 ja HE 160/2012 vp, s. 41.

³¹⁵ Perttola 2017, s. 10-11.

Sosiaalihuoltolain 4 §:stä ilmenevät sisällölliset seikat, jotka on otettava huomioon asiakkaan edun arvioinnissa. Säännöksen mukaiseen asiakkaan etuun sisältyy sekä itsemääräämisoikeus- että suojaamiselementtejä, jotka voivat joissakin tilanteissa tulla punnituksi vastakkain.³¹⁶ Asiakkaan edun huomioiminen edellyttää, että palvelut ovat riittäviä suhteessa ikääntyneen tarpeisiin, mutta samalla asiakkaan etu vaatii asiakkaan mahdollisuuden osallistumiseen ja hänen itsemääräämisoikeutensa kunnioittamista.³¹⁷ Perttola huomauttaa artikkelissaan, että kotiin annettavien palvelujen ensisijaisuus ei ilmene suoraan sosiaalihuoltolain 30 §:n 2 momentin asiakkaan etua määrittävästä säännöksestä yhtenä osatekijänä. Hän kuitenkin toteaa, että usein kotiin annettavien palveluiden ensisijaisuus on asiakkaan edun mukaista, koska kotona asuminen lisää useissa tapauksissa asiakkaan itsenäistä suoriutumista ja omatoimisuutta, jotka kuuluvat sosiaalihuoltolain 30 §:n 2 momentin 2-kohdan mukaisesti asiakkaan edun osatekijöihin³¹⁸.

Asiakkaan edun merkitys kytkeytyy sääntelyn joustavoittamiseen yksittäistapauksellista harkintaa varten. Asiakkaan etua koskevan sääntelyn tarkoituksena on ottaa huomioon asiakkaan yksilöllinen sosiaali- ja terveydenhuollon hallinnolliset rajat ylittävä tarve. Sosiaalihuoltolain 2 §:n soveltamisalaa koskevan säännöksen mukaan asiakkaan etu voi jopa ratkaista epäselvässä tilanteessa erityislain ja yleislain välisen epäselvän soveltamistilanteen. Epäselvässä tilanteessa on valittava periaatteessa säännökset, jotka parhaiten toteuttavat asiakkaan etua.³¹⁹

Arvoperustaisena ratkaisuperiaatteena asiakkaan edun käsite suuntaa viranomaisen yksittäistapauksessa tekemää asiantuntijaharkintaa kohti sosiaalihuoltolain 4:stä ilmeneviä osatekijöitä. Asiakkaan harkinnan näkökulmasta asiakkaan etuun sisältyvä suojaamiselementti voi ristiriitaisissa tapauksissa myös rajoittaa asiakkaan harkintavaltaa ja mahdollisuutta käyttää tehokkaasti itsemääräämisoikeuttaan. Asiakkaan harkinnan laajuus näyttäisi siis muotoutuvan jatkuvasti suhteessa asiakkaan edun suojaamiselementtiin, joka liittyy viranomaisen vastuuseen taata palvelun sopivuus ja riittävä taso.

³¹⁶ Itsemääräämisoikeus- ja suojaamiselementteihin erottelusta vastinpareina Perttola 2017, s. 12, joka perustaa ajatuksen artikkeliin ”Päämiehen etu arvoperiaatteena holhousoikeudessa ja Euroopan neuvoston suosituksessa toimintarajoitteisten aikuisten oikeudellista suojelua koskevista periaatteista R (99)4”, *Kangas* 2005, s. 148–149. Ks. myös itsemääräämisoikeuden ja henkilön suojaamisen periaatteen vastinparisuudesta Karvonen-Kälkälä 2012, s. 234.

³¹⁷ HE 164/2014 vp, s. 99–100. Hallituksen esityksessä sosiaalihuoltolaiksi korostetaan myös, että taloudelliset seikat eivät saa muodostua tosiasiallisiksi esteiksi riittävän tuen saamiselle.

³¹⁸ Perttola 2017, s. 17.

³¹⁹ HE 164/2014 vp, s. 97, 134, 154 ja HE 137/1997 vp, s. 22.

Asiakkaan etua ja asiakkaan harkintaa koskevassa sääntelyssä ei näyttäisi olevan kyse sellaisista oikeudellisista edellytyksistä, jotka muodostavat yksilölle varsinaisia oikeuksia. Sääntelyn voisi sen sijaan kuvata velvoittavan julkista valtaa asiakkaan ja viranomaisen väliseen vuorovaikutteiseen toimintaan, jossa sekä viranomainen että asiakas (ja omaiset) tekevät harkintaa, mutta viime kädessä viranomainen punnitsee palveluiden riittävyyden ja sopivuuden suhteessa asiakkaan tarpeeseen. Arvoperiaatteena asiakkaan edun periaate kytkeytyy ikääntyneen henkilön kotiin annettavia sosiaalihuollon palveluita koskeviin sosiaalisiin perus- ja ihmisoikeuksiin. Ikääntyneen henkilön kotiin annettavan huolenpidon ei siis pitäisi muodostua yksinomaan kunnan toimintapolitiikan kehystämän sosiaalialan- ja lääketieteen asiantuntijoiden sekä asiakkaan välisestä harkintaprosessista vaan kyse on myös syvästi sosiaalisiin perus- ja ihmisoikeuksiin kytkeytyvästä arvioimisesta, mitkä ensisijaisesti viranomaisen tulisi tunnistaa omassa harkinnassaan.

5.4 Yhteys ikääntyneen henkilön sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien toteutumiseen

Tutkielman lopuksi tarkastelen tavallisen lainsäädännön sääntelyn luonteen yhteyttä sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien toteuttamiseen. Hyvinvointivaltiossa sosiaaliset perus- ja ihmisoikeudet vaativat viranomaisilta tiettyä huolenpidon tasoa, vaikka niiden soveltamisen dynaaminen ja kokonaisvaltainen luonne edellyttääkin empiirisen tosiasiatiedon korostunutta hyödyntämistä. Tässä yhteydessä on myös huomattava, että sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien tulkinta ja soveltaminen määritetään usein erityisissä perus- ja ihmisoikeudellisesti herkissä instituutioissa kuten Euroopan sosiaalisten oikeuksien komiteassa tai eduskunnan oikeusasiamiehen valvonnassa. Hyvinvointivaltion hallintoon saattaa sen sijaan toimia myös monista muista kuin perus- ja ihmisoikeudellisesti sensitiivistä lähtökohdista, jolloin harkintavallan käyttämisessä nimenomaan perus- ja ihmisoikeudet voivat joutua jännitteiseen asemaan.

Tutkielman 3. ja 4.3 osissa selvitettyllä tavalla ikääntyneiden kotiin annettavilla sosiaalihuollon palveluilla on Euroopan sosiaaliseen peruskirjaan ja Suomen perustuslakiin palautuva perus- ja ihmisoikeudellinen ulottuvuus. Vaikka sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien tasolla ei ole syntynyt eikä olisi tarkoituksenmukaistakaan muodostaa yksityiskohtaisesti ikääntyneen kotiin annettavia sosiaalihuollon palveluita koskevia täsmällisiä vaatimuksia, voidaan kuitenkin Euroopan sosiaalisten oikeuksien komitean ja eduskunnan oikeusasiamiehen ratkaisukäytännöstä tunnistaa sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien soveltamiseen liittyviä konkreettisia vaatimuksia ja yleisempiä tulkintamalleja, jotka on otettava huomioon harkittaessa ikääntyneen kotiin annettavia sosiaalihuollon palveluita. Näistä keskeisimpiä ovat sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien

dynaaminen ja kokonaisvaltainen luonne, perustuslain 19 §:n 1 momentin (oikeus välttämättömään huolenpitoon) potentiaalinen subjektiivinen oikeusvaikutus suhteessa yleiseen järjestämisvelvollisuuteen perustuvaan sääntelyyn ja sen päälle rakentuva riittäviä sosiaalihuollon palveluita turvaava muun muassa perustuslain 19 §:n 3 momentista ilmenevä suoja.

Voimassaolevassa sosiaalihuoltolain, vanhuspalvelulain ja sosiaalihuollon asiakaslain sääntelyssä on huomioitu säännösten ja lainvalmistelun yhteydessä Euroopan sosiaalisen peruskirjan ja Suomen perustuslain merkitys. Lainvalmistelun yhteydessä on tuotu säännönmukaisesti esiin ehdotetun sääntelyn liittyntä sosiaaliin perus- ja ihmisoikeuksiin ja esimerkiksi uuden sosiaalihuoltolain ja vanhuspalvelulain niitä edistävä vaikutus.³²⁰

Sosiaalihuoltolain, vanhuspalvelulain ja sosiaalihuollon asiakaslain sääntelyn suoriin yhteys sosiaaliin perus- ja ihmisoikeuksiin näkyy erilaisissa arvosidonnaisissa käsitteissä ja periaatteissa, joilla on pyritty suuntamaan viranomaisen harkintaa. Sosiaalihuoltolain 30 §:n 2 momentin mukaan sosiaalihuollon keskeisiin periaatteisiin kuuluu asiakkaan oikeus saada laadultaan hyvää sosiaalihoitoa ja hyvää kohtelua ilman syrjintää. Asiakasta on kohdeltava siten, että hänen vakaumustaan ja yksityisyyttään kunnioitetaan eikä hänen ihmisarvoaan loukata. Vastaava säännös on myös sosiaalihuollon asiakaslain 4 §:n 1 momentissa. Vanhuspalvelulaissa on useita säännöksiä, jotka pyrkivät sanamuodollaan varmistamaan asiakkaalle hyvän hoidon ja huolenpidon sekä laadukkaat ja riittävät palvelut³²¹. Asiakkaan edun periaate ja asiakkaan itsemääräämisoikeutta korostavat säännökset pyrkivät turvaamaan asiakkaan oikeutta hyvään, sopivaan, oikea-aikaiseen ja riittävään sosiaalihoitoon.

Toisin sanoen ainakin muodollisella tasolla tavallisessa lainsäädännössä yhteys sosiaaliin perus- ja ihmisoikeuksiin on olemassa. Avoimuudessaan joustavat arvo- ja tavoitesidonnaiset säännökset mahdollistavat ikääntyneen henkilön sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien toteuttamisen. Olennaista on kuitenkin tarkastella millaisten mekanismien kautta valittu sääntelymalli toteuttaa sosiaalisia perus- ja ihmisoikeuksia ja mitä riskejä sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien toteutumiseen sisältyy valitussa sääntelymallissa.

³²⁰ HE 164/2014 vp, s. 10-11 ja siihen liittyen PeVL 36/2014 vp, s. 2; HE 160/2012 vp, s. 7-14 ja siihen liittyen PeVL 36/2012 vp, s. 2-3 sekä HE 137/1999 vp, s. 11.

³²¹ esimerkiksi vanhuspalvelulain 6, 7, 13 ja 19 §.

Samalla kun sääntelyyn on lisätty muun muassa vanhuspalvelulain säätämällä palvelun riittävyttä, laatua ja saatavuutta korostavia ohjelmallisia säännöksiä sekä itsemääräämisoikeutta vahvistavia menettelysäännöksiä, ikääntyneiden kotiin annettavien palveluiden osalta ei ole säännelty palvelun minimitasoista tai tarkoista konkreettisista tosiseikastoon perustuvista edellytyksistä, jotka oikeuttaisivat tiettyyn palveluun. Lainsäädännöstä ei siis ilmene, missä tilanteessa tai kuinka monta kertaa ikääntyneellä henkilöllä olisi oikeus päästä suihkuun viikossa tai onko ikääntyneellä henkilöllä oikeus lämpimään ruokaan taikka ulkoiluun kotinsa ulkopuolella. Osittain nämä myös välttämätöntä huolenpitoa määrittävät tekijät ovat jääneet edelleen informaatio-ohjauksen piiriin, joka ei ole oikeudellisesti sitovaa. Informaatio-ohjauksen merkitys on kuitenkin osittain oikeudelliselta sitovuudeltaan epäselvää, koska vanhuspalvelulain lainvalmisteluasiakirjoissa viitataan laatusuosituksiin käsiteltäessä lainsäädäntöön sisältyvien arvosidonnaisten käsitteiden sisältöä, jolloin ero sitovan lainsäädännön ja informaatio-ohjauksen välillä suhteellistuu³²².

Toisaalta arvosidonnaiset käsitteet ovat tarkentuneet myös eduskunnan oikeusasiamiehen ratkaisukäytännössä, mitä käsiteltiin tutkielman 3.1 osassa. Oikeusasiamiehen ratkaisukäytännössä arvosidonnaiset käsitteet saavat sisältönsä korostuneesti sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien edistämiseen pyrkivän tulkinnan kautta, kun taas informaatio-ohjauksen piirissä sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien edistämisenäkökulmalla voidaan olettaa olevan välillisempi rooli. Viranomaisen harkintavallan käyttämisen kannalta saattaa olla haastavaa, että arvosidonnaiset käsitteet määrittävät varsin moninaisten lähteiden ja instituutioiden kautta. Viranomaisen kannalta olisi keskeistä tunnistaa missä tilanteissa harkintavallan käyttäminen edellyttäisi erityisesti sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien toteutumisen huomioimista.

Arvosidonnaisiin joustaviin käsitteisiin ja periaatteisiin perustuva tavoiterationaalinen epätäsmällinen sääntely muodostuu erityisen jännitteiseksi suhteessa kunnan yleisen järjestämisvelvollisuuden piirissä oleviin määrärahasidonnaisiin palveluihin, joiden pitäisi kuitenkin varmistaa ikääntyneen henkilön oikeus välttämättömään huolenpitoon ja riittäviin sosiaalihuollon palveluihin omassa kodissaan. Toisaalta sosiaaliset perus- ja ihmisoikeudet sekä tavallinen lainsäädäntö edellyttäisivät riittävien laadukkaiden palveluiden antamista, mutta kunnille on jätetty harkintavaltaa suhteuttaa palvelujen saatavuus ja riittävyys käytettävissä oleviin taloudellisiin voimavaroihin. Tällöin vaarana on, että tosiasiallisesti tarjottavien palveluiden taso ei määrity

³²² HE 160/2012 vp, s. 43.

yksilön tai kunnassa esiintyvän tarpeen mukaan vaan esimerkiksi taloudellisten säästötavoitteiden myötä ottaen erityisesti huomioon, ettei lainsäädännöstä yksiselitteisesti ilmene, mikä on palvelun toteutumisen minimitaso.

Edellä selvitetyllä tavalla perustuslakivaliokunta näyttäisi hyväksyvän sääntelyn epätasällisuuden muun muassa sosiaalioikeudellisen sääntelyn ja sosiaalipalvelujen luonteeseen perustuen, vaikka se tunnistaakin riskin sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien toteutumiselle.³²³ Käytännössä tavallinen lainsäädäntö muodostaa lähtökohtaisesti ikääntyneelle kotona asuvalle henkilölle varsin heikkoja oikeuksia, joita hän voisi vaatia toteutettavaksi subjektiivisen oikeuden tavoin. Sen sijaan ikääntyneen henkilön on neuvoteltava viranomaisen kanssa ja tehtävä omaa itsenäistä harkintaa viranomaisen asiantuntijaharkinnan ohella ja siihen limittyen.

Tavallisen lainsäädännön avoimesta luonteesta huolimatta sosiaaliset perus- ja ihmisoikeudet asettavat oikeudellisen doktriinin näkökulmasta viimekätisiä oikeudellisia rajoja viranomaisen harkintavallalle sekä toimintapolitiikan että yksittäistapausten kohdalla. Yleisesti ottaen kyse on siitä, että tavallisessa lainsäädännössä sosiaalihuollon sääntelymalli korostaa tilannesidonnaista viranomaisen itseohjautuvuutta kun taas sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien toteutuminen ja edistäminen edellyttäisi myös ennakoitavuutta yksilön oikeusturvan näkökulmasta.³²⁴ Vaikka sosiaaliset perus- ja ihmisoikeudet velvoittavat avoimemmalla ja dynaamisemmalla tavalla kuin vapausoikeudet, niiden soveltamisessa ei ole kyse vapaasta, tarkoituksenmukaisuus- tai välttämättä laajastakaan viranomaisharkinnasta. Sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien tulkintavaikutuksen kautta voidaan piirtää myös selkeitä rajoja, joissa yksilötason asiantuntijaharkinnassa tai kunnan toimintapolitiikan sopeuttamisharkinnassa on otettava erityisesti huomioon sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien toteutuminen. Viranomaisen näkökulmasta voidaan tunnistaa tyyppitilanteita, joissa sosiaaliset perus- ja ihmisoikeuksien merkitys korostuu.

Sosiaaliin perus- ja ihmisoikeuksiin perustuva ikääntyneen oikeus *ihmisarvon vastaisen kohtelun suojaan* saattaisi aktualisoitua esimerkiksi tilanteessa, jossa viranomainen harkitsisi ikääntyneen henkilön palveluiden järjestämistä hänen omassa kodissaan vaikka viranomaisen tiedossa olisi riski ikääntyneen henkilön puolison väkivaltaisesta käyttäytymisestä ikääntynyttä henkilöä kohtaan. Tilannetta voitaisiin arvioida viranomaisen laiminlyöntinä EIT:n oikeuskäytäntöä seuraten. Olen esittänyt tutkielman 3. osassa, että kyseessä on suhteellisen muuttumaton suoja, jonka

³²³ PeVL 36/2014 vp, s. 2-3.

³²⁴ Tilannesidonnaisuuden ja ennakoitavuuden jännitteestä Suviranta 2007, s. 89-92.

toteuttamiseen viranomaisella voi sosiaalihuollon kontekstissa olla positiivinen toimintavelvoite. Tällaisessa tilanteessa kunnan toimintapolitiikan tasolla tehty päätös kohdentaa määrärahoja kotona asumisen tukemiseen mahdollisimman pitkälle ja kodin ulkopuolisten hoivapaikkojen vähentäminen, voisivat kannustaa yksilötasolla viranomaista ikääntyneen henkilön sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien vastaiseen harkintatulokseen, vaikka palveluissa on sinänsä kyse määrärahasidonnaisista palveluista. Toisin sanoen myös lähtökohtaisesti kunnan laajaan harkintavaltaan kuuluva asia, kuten palvelun järjestämistapa, voi aiheuttaa sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien vastaisen lopputuloksen.

Perusoikeutena turvattu *oikeus välttämättömään huolenpitoon* pitää sisällään minimieksistenssin lisäksi ajassa herkemmin muuttuvan ihmisarvoisen elämän käsitteeseen liittyvän suojan. Lienee selvää, että välttämätön huolenpito voisi vaarantua minimieksistenssin osalta esimerkiksi kotipalvelun laiminlyödessä ravinnon tai lääkkeiden toimittamisen. Hankalammin arvioitavissa ovatkin nimenomaan ihmisarvoisen elämän käsitteeseen viime kädessä palautuvat ajassa muuttuvat vaatimukset, kuten esimerkiksi ikääntyneen henkilön mahdollisuus ulkoilla, asunnon hygieniataso tai mahdollisuus säännölliseen sosiaalisen vuorovaikutukseen. Perustuslain 19 §:n 1 momentti perustaa subjektiivisen oikeusvaikutuksen, jolloin ikääntynyt henkilö voi vedota välttämättömään huolenpitoa turvaavaan perusoikeussäännökseen suoraan, eikä sen sisältö määrity samalla tavalla tavallisen lainsäädännön varassa kuin pelkästään toimeksiantovaikutuksen kautta turvatuissa perusoikeuksissa. Jo tämän vuoksi tavallisen lainsäädännön arvo- ja tavoitesidonnaisia käsitteitä olisi tulkittava erityisesti välttämättömän huolenpidon toteuttamisen näkökulmasta.

Oikeus riittäviin sosiaalihuollon palveluihin vaikuttaa lähinnä toimeksiantovaikutuksen kautta, jolloin sen tarkempi sisältö määrittyy tavallisen lainsäädännön suhteen. Sisällöllisesti kyse on palvelun tasosta, joka pyrkii luomaan jokaiselle ihmiselle edellytykset toimia yhteiskunnan täysivaltaisena jäsenenä. Kyse voisi olla esimerkiksi ikääntyneen henkilön mahdollisuudesta osallistua yhdistys- ja harrastustoimintaan tai käyttää verkkopalveluita kotonaan. Ottaen huomioon toimeksiantovaikutuksen, tavallisen lainsäädännön avoimen yleiseen järjestämisvelvollisuuteen perustuvan luonteen ja informaatio-ohjauksen sitomattomuuden, herää kysymys, että määrittykö yhteiskunnan täysivaltaisena jäsenenä toimiminen oikeudellisesti tosiasiaa yksinomaan kuntien sopeuttamisharkinnan ja yksilötason asiantuntijaharkinnan piirissä. Epätasällista ja avointa tavallista lainsäädäntöä tulisi tulkita mahdollisimman pitkälle sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien osoittamien suuntaviivojen mukaisesti, mutta kuten tutkielman 4.3 osassa esitettiin, myös sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien sisältö näyttäytyy usein avoimena ja epätasmentymättömänä.

Konkreettisten tyyppitapausten lisäksi on mahdollista nostaa esiin yleisempiä tulkintamalleja kuten Euroopan sosiaalisten oikeuksien komitean dynaaminen tulkintatapa, joka kiinnittää huomiota sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien toteutumiseen pidemmällä aikavälillä ottaen huomioon palvelukokonaisuuksia. Kansallisen sosiaalihuollosta vastaavan viranomaisen harkinnan näkökulmasta komitean tulkintatapa tarkoittaa toimintapolitiikan tasolla muun muassa sitä, että jatkuva vuosittainen ikääntyneiden palveluiden leikkaaminen tai resursoinnin pitäminen samalla tasolla samanaikaisesti, kun palvelun tarve kunnassa kasvaa, voisi johtaa pidemmän aikavälin tarkastelussa sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien vastaiseen tilanteeseen, vaikka yksittäisenä vuonna leikkaaminen olisikin asianmukaista.

Myös informaation merkitys korostuu komitean valvonnassa siten, että kansallisella tasolla pitäisi pystyä osoittamaan luotettavasti, että peruskirjan oikeudet toteutuvat tosiasiallisesti. Kansallisella tasolla pitäisi toisin sanoen varmistaa, että sosiaalihuollosta vastaavien viranomaisten harkinta perustuu ulkopuolisen todennettavissa olevaan tietoon alueella esiintyvistä palvelun tarpeesta ja palveluiden tehokkuudesta. Edelleen määrärahat pitäisi suhteuttaa palvelun tarvetta koskevaan tietoon. Vanhuspalvelulain säännökset³²⁵ ovat eräällä tavalla vastanneet nimenomaan tähän sääntelytarpeeseen. Eri asia on kuitenkin, kuinka tehokkaasti säännökset vastaavat sosiaalisten oikeuksien saatavuuden ja riittävyyden tosiasialliseen turvaamiseen.

Sosiaaliset perus- ja ihmisoikeudet suhteuttavat, suuntaavat ja rajaavat viranomaisen harkintavaltaa siitä, mitä se olisi yksin tavallisen lainsäädännön sääntelyn puitteissa. Vaikutus voi ylettyä sekä toimintapolitiikan että yksittäistapauksen tasolle. Karvonen-Kälkäjän sanoin sosiaaliset perus- ja ihmisoikeudet parantavat yksilön mahdollisuuksia vaatia oikeuksiaan tilanteissa, jossa kunnilla on vaikeuksia osoittaa riittäviä taloudellisia voimavaroja oikeuksien toteuttamiseen³²⁶. Ikääntyneen henkilön kotiin annettavien sosiaalihuollon palveluiden kannalta vahvimmissaan sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien vaikutus on yksilön näkökulmasta silloin kun hänen välttämätön huolenpitonsa on riippuvainen kotiin annettavista sosiaalihuollon palveluista tai palveluiden järjestäminen kotona aiheuttaa tai sisältää riskin ihmisarvon vastaiseen kohteluun. Siltä osin kun on kyse ikääntyneen henkilön mahdollisuudesta toimia yhteiskunnan täysivaltaisena jäsenenä, sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien vaikutus viranomaisen harkintavallan osalta kohdistuu yksittäistapausten sijaan ennen kaikkea pidemmällä aikavälillä tarkasteltaviin toimintapolitiikan tason päätöksiin.

³²⁵ esimerkiksi vanhuspalvelulain 5 §.

³²⁶ Karvonen-Kälkäjä 2012, s. 210.

Määrärahasidonnaisten etuuksien sisällön kannalta joudutaan kuitenkin käymään jatkuvaa kamppailua sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien, kuntien taloudellisen harkintavallan, yksilökohtaisen asiantuntijaharkinnan sekä asiakkaan harkinnan- ja edun välillä.³²⁷

³²⁷ ks. kamppailunäkökulmasta sosiaalisten ihmisoikeuksien kohdalla esimerkiksi Rautiainen 2017, s. 34.

6. Johtopäätökset

Tutkielman tarkoituksena on ollut ottaa oikeudellisesti haltuun ikääntyneiden kotiin annettavien sosiaalihuollon palveluiden saatavuuteen ja riittävyyteen liittyviä ongelmia. Nähdäkseni harkintavaltateoreettinen näkökulma yhdistettynä sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien toteutumisen tarkasteluun mahdollisti monitasoisen yhteiskuntapoliittisen ongelman erittelyn siten, että keskeiset aihepiiriin liittyvät ongelmat tulivat oikeudellisesti näkyviksi. Ongelmakentästä keskeisin on viranomaisen asiantuntija- ja sopeuttamisharkinnan suhde kunnan taloudellisiin voimavaroihin sekä sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien toteuttamiseen. Tarkastelussa eri näkökulmat ruokkivat ja tarkensivat toisiaan, jolloin esimerkiksi sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien tai tavallisen lainsäädännön arvosidonnaisten periaatteiden selvittäminen toi esiin harkintavaltateoreettisia kysymyksiä ja toisin päin. Aiheen ja sen käsittelyn monipolvisuudesta huolimatta lienee mahdollista tiivistää joitakin johtopäätöksiä.

Ikääntyneen henkilön kotiin annettavat palveluilla on perus- ja ihmisoikeudellinen legitimaatio, joka perustuu Euroopan sosiaalisen peruskirjaan ja Suomen perustuslakiin. Euroopan sosiaalisessa peruskirjassa ikääntyneiden henkilöiden kotiin annettavat sosiaalihuollon palvelut saavat yleistä suojaa ESP 14 artiklasta. Sen lisäksi peruskirja sisältää erityisen ikääntyneitä henkilöitä koskevan ESP 23 artiklan, joka suojaa ikääntyneitä henkilöitä yhdessä taustalla vaikuttavan ESP 14 artiklan kanssa. ESP 23 artiklassa on suojattu nimenomaisesti ikääntyneiden henkilöiden mahdollisuus elää tutussa elinympäristössään mahdollisimman pitkään tarvittavien palveluiden, apuvälineiden tai muutostöiden avulla, mikä muodostaa keskeisen ihmisoikeustason normin ikääntyneiden kotiin annettavien sosiaalihuollon palveluiden järjestämiselle.

Peruskirjan ikääntyneiden henkilöiden kotiin järjestettävien sosiaalihuollon palveluiden suojaa kokonaisuudessaan voidaan kuvata komitean valvontakäytännön perusteella dynaamiseksi, jolla tarkoitan sitä, että suojan aineellinen sisältö ja soveltamistapa muodostuu kokonaisvaltaisessa tulkinnassa, jossa otetaan huomioon laajasti sopimusvaltion yhteiskunnalliset olosuhteet ja normin taustalla olevat tavoitteet sekä niiden tosiasiallinen toteuttaminen pidemmällä aikavälillä. Tällaisessa arvioinnissa empiirisiä tosiasioita koskevalla tiedolla on korostunut merkitys ja peruskirjan rikkomus voidaan todeta, jos sopimusvaltio ei kykene keräämään riittävästi luotettavaa tietoa sosiaalihuollon toteutumisen tilanteesta hajautetussa palvelujärjestelmässä. ESP:n tulkinnassa on välttämätöntä ottaa huomioon myös EIS:n ihmisarvoa suojaavat artiklat. Olen

esittänyt Mikkolan systematisointia seuraten, että EIS 2 ja 3 artikkelit sekä ESP 23 artiklan 3 kohta muodostaisivat ikääntyneen henkilön kotiin annettavien sosiaalihuollon palvelujen minimitaso, joka suojaisi ikään kuin ihmisarvoisen kohtelun ja ihmisarvon kannalta välttämättömän palvelutason. Olen kuitenkin myös todennut, että ihmisoikeustuomioistuimen tai komitean oikeuskäytännön perusteella minimitaso konkreettista sisältöä ei ole vielä mahdollista luotettavasti systematisoida.

Myös Suomen perustuslain tasolla ikääntyneiden henkilöiden kotiin annettavat sosiaalihuollon palvelut saavat suojaa erityisesti PL 19 §:n 1 ja 3 momentin kautta. Välttämätön huolenpito on turvattu sosiaaliin perusoikeuksiin nähden poikkeuksellisesti subjektiivisena oikeutena ja riittävät sosiaali- ja terveydenhuollonpalvelut lähinnä toimeksiantovaikutuksen ja tulkintavaikutuksen kautta.

Perustuslaki ei sisällä erityistä ikääntyneitä henkilöitä koskevaa muodollista pykälää kuten Euroopan sosiaalinen peruskirja. Silti ylintä perus- ja ihmisoikeusvalvontaa tekevän eduskunnan oikeusasiamiehen ratkaisukäytännössä on konkretisoitu PL 19 §:n 1 ja 3 momentin merkitystä suhteessa ikääntyneiden henkilöiden kotiin annettaviin sosiaalihuollon palveluihin.

Perustuslakivaliokunta tai eduskunnan oikeusasiamies ei ole viitannut ”dynaamisen oikeuden” käsitteeseen arvioidessaan sosiaalisia perusoikeuksia. Tutkielmassa kävi kuitenkin ilmi, että eduskunnan oikeusasiamies ja apulaisoikeusasiamiehet ovat arvioineet ihmisarvon mukaista huolenpitoa ja ikääntyneiden henkilöiden sosiaalihuollon palveluiden riittävyttä kokonaisvaltaisesti ottaen huomioon palvelukokonaisuuden vaikutukset ikääntyneen henkilön kokonaisolosuhteisiin. Sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien valvonnassa näyttäisi olevan kyse Pajuojan sanoin oikeuksien edistämisestä ja toteuttamisesta eikä pelkästään puhtaasti muodollisen lain mukaisuuden arvioinnista³²⁸.

PL 19 §:n 1 momentin välttämättömän huolenpidon osalta oikeuskirjallisuudessa on esitetty erilaisia tulkintoja suhteessa huolenpidon vähimmäistasoon. Olen esittänyt Tuorin tulkintavaihtoehtojen pohjalta perus- ja ihmisoikeuksien kokonaisuudesta käsin sellaisen tulkintamallin, jossa PL 7 §:n oikeus elämään ja ihmisarvoiseen kohteluun sekä vastaavasti EIS 2 ja 3 artikla sekä ESP 23 artiklan 3 kohta ja ESP 13 artikla muodostaisivat suhteellisen selväpiirteisen vähimmäissuojan ikääntyneelle henkilölle kun hänen ihmisarvoisen elämänsä järjestetään kotiin

³²⁸ Pajuoja 2011, s. 346-347.

annettavilla sosiaalihuollon palveluilla. Tämä vähimmäissuoja suojaisi ikääntynyttä henkilöä esimerkiksi hänen hoidosta vastaavien henkilöiden kaltoinkohtelulta, hyväksikäytöltä, väkivallalta ja perustarpeiden laiminlyönniltä. Voidaan katsoa, että tämä suoja on siinä mielessä selväpiirteinen, että missään yhteiskunnallisessa tilanteessa ei voida hyväksyä sen alittamista. Tämän vähimmäissuojan päälle ja osittain limittäin rakentuisi PL 19 §:n 1 ja 3 momenttiin sekä ESP 23 artiklan 1 ja 2 kohtiin sekä 14 artiklaan perustuva dynaaminen selvästi aktiivisia toimenpiteitä edellyttävä yhteiskunnallisten olosuhteiden ja kulloistenkin arvostusten mukaan muuttuva suoja.

Voidaan siis todeta, että perus- ja ihmisoikeustasolta on löydettävissä ylikansallista ja yhteiskunnan perustavanlaatuisiin arvoihin juurtuvaa tukea ikääntyneen kotiin annettavien sosiaalihuollon palveluiden saatavuudelle ja riittävyydelle. Ikääntyneiden sosiaalisia perus- ja ihmisoikeuksien systematisointi yksinään jäisi kuitenkin varsin kauas Suomen hajautetussa palvelurakenteessa toteutetusta sosiaalihuollon palvelujärjestelmässä esiintyvistä ongelmista. Sen vuoksi tutkielmassa on pyritty viranomaisen harkintavaltaa koskevan teorian kautta rakentamaan siltaa sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien toteutumisen, tavallisen lainsäädännön sääntelyn ja kuntien taloudellisen vallan välille. Yleishallinto-oikeudelliseen ajatteluun perustuva harkintavaltateoreettinen oppi on mahdollistanut sosiaalioikeudellisen ja perus- ja ihmisoikeudellisen näkökulman suhteuttamisen laajemmin hallinnon ristiriitaisiin rooleihin sekä julkisen vallan ja yksityisen väliseen suhteeseen.

Ikääntyneiden kotiin annettavia sosiaalihuollon palveluita koskevaa harkintavaltaa käytetään sekä kunnan toimintapolitiikan tasolla että yksittäistapauksia koskevassa päätöksenteossa. Harkintavalta tapahtuu hallinnollisten päätösten tekemisten yhteydessä, mutta myös tosiasiallisessa hallintotoiminnassa. Näyttäisi siltä, että viranomaisen harkintavaltaa olisi ikääntyneiden kotiin annettavien sosiaalihuollon palveluiden kohdalla hyödyllistä käsitellä verkostomaisena useisiin eri päätöksentekotilanteisiin liittyvänä ilmiönä, jonka yksittäistapauksellinen muoto on riippuvaista myös muista samaa palvelukokonaisuutta koskevista harkintatilanteista. Sosiaalisten oikeuksien toteutumatta jääminenkin johtuu yleensä useiden eri tasoilla tapahtuvien päätösten yhteisvaikutuksesta, jolloin harkintavaltaa on luontevaa tarkastella monitasoisena ilmiönä.

Suomalaisen hallinto-oikeudellisen harkintavaltaopin perustana on laillisuus- ja tarkoituksenmukaisuusharkinnan kahtiajakoon perustuva teoria, joka on tosin perinteisessä merikoskelaisessa mielessään menettänyt sisällöllisesti merkityksensä. Kahtiajakoon perustuva teoria näyttäisi kuitenkin suuntaavaan vielä nykyäänkin harkintavaltaan liittyviä kysymyksenasetteluja, systematisointeja ja käsitteistöä. Käytännössä suuntaaminen ilmenee

esimerkiksi lainkäyttönäkökulman painottumisena harkintavaltaa koskevassa tutkimuksessa. Lainkäyttönäkökulman painottuminen on sinänsä luonnollista, koska harkintavallan rajoja koskevat ongelmat aktualisoituvat viimeistään arvioitaessa viranomaisen päätöksen lainmukaisuutta tuomioistuimessa. Lainkäyttönäkökulman painottuminen saattaa kuitenkin tarkoittaa harkintavaltakysymysten supistumista yksittäisen hallintopäätöksen lainmukaisuuden rajoja koskevaksi ongelmaksi, mikä on useissa sosiaalioikeudellisissa laajoja yhteiskuntapoliittisia ongelmia koskevissa tapauksissa, kuten ikääntyneiden sosiaalihuollon palvelujärjestelmän kohdalla, turhan suppea näkökulma.

Nykyinen harkintavaltateoria edellyttää asiaryhmä- ja tapauskohtaisten harkintavaltaa koskevien oikeudellisten vaatimusten selvittämistä. Erityisesti sosiaalioikeudellisessa kontekstissa olisi hyödyllistä tarkastella viranomaisen harkintavaltaa myös muista kuin tuomioistuinten näkökulmasta, kuten yleisen laillisuusvalvonnan, palvelukokonaisuuksien, eri päätöksentekotasojen, asiantuntijan ja asiakkaan harkinnan tai sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien toteutumisen näkökulmasta.

Ikääntyneiden kotiin annettavien sosiaalihuollon palveluiden harkintavaltateoreettiset kysymykset liittyvät erityisesti kunnan yleisen järjestämisvelvollisuuden piiriin kuuluvien määrärahasidonnaisten palveluiden oikeudelliseen luonteeseen sekä riittävyyden tosiasialliseen määrittämiseen eri päätöksenteon tasoilla. Lähtökohtaisesti ikääntyneen kotiin annettavia sosiaalihuollon palveluita koskevan asian ratkaisemisen yhteydessä harkitaan saamisedellytysten perusteella palvelun saatavuutta koskeva kysymys. Sen sijaan riittävyyttä tai laatua koskevat kysymykset saattavat usein jäädä tosiasiallisen hallinnon piirissä tai kunnan toimintapolitiikan tasolla harkittavaksi.

Sekä palvelun riittävyyttä että saatavuutta koskevaan yksittäistapaukselliseen harkintaan voidaan vaikuttaa kunnan toimintapolitiikan tasolla määrärahapäätöksillä, hallinnollisilla ohjeilla tai muilla virallislähteillä riippuen siitä, kuinka palvelun perusteena oleva oikeus on suojattu (subjektiivinen oikeus/yleiseen järjestämisvelvollisuuteen kuuluva/vapaaehtoinen). Sosiaalioikeudellisessa tutkimuksessa yleiseen järjestämisvelvollisuuteen kuuluvien määrärahasidonnaisten palveluiden ja subjektiivisena oikeutena turvattujen palvelujen keskeinen ero liittyy harkintavallan osalta kunnan virallislähteiden oikeudelliseen merkitykseen, eikä sinänsä laillisuus- ja tarkoituksenmukaisuusharkinnan kahtiajakoon, eikä myöskään yksiselitteisesti laaja/suppea-harkinta erotteluun. Harkintavaltateorian näkökulmasta kunnan yleiseen järjestämisvelvollisuuden

piirin kuuluvat palvelut näyttäisivät muodostavan moniulotteisen ongelmakentän, jossa keskeinen kysymys liittyy kunnan virallislähteiden oikeudelliseen merkitykseen tavoiterationaalisesti suuntautuneessa sosiaaioikeudellisessa sääntelymallissa, joka edellyttäisi normatiivisen tiedon ohella laajaa tosiseikkoja koskevaa empiiristä tietoa.

Yleisemmällä tasolla on huomattava, että perinteisessä mielessä ”vapaan” tarkoituksenmukaisuusharkinnan alan voidaan katsoa supistuneen lähes olemattomiin. Toisaalta voidaan myös yhtä hyvin sanoa, että hyvinvointivaltiossa oikeudellinen sääntely on laajentunut sellaisille alueille, joita on perinteisesti pidetty lähinnä poliittisina tai muutoin ei-oikeudellisesti määräytyvinä alueina. Tämä näyttäisi aiheuttavan jännitteitä oikeuksien ja erityisesti sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien toteutumisessa kunnissa. Oikeustieteellisen harkintavaltaa koskevan tutkimuksen näkökulmasta näyttää siltä, että kunnissa on tosiasiallisesti lähtökohtaisesti laajaa harkintavaltaa painottava toimintapolitiikan taso, jossa oikeudellisten näkökohtien lisäksi ja välillä ylitse painotetaan esimerkiksi taloudellisia kriteerejä. Tästä huolimatta kunnan toimintapolitiikan tasolla kunta on sidottu tapauskohtaisten normien ohella sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien toteuttamiseen sekä yleisiin hallinto-oikeudellisiin ja sosiaaioikeudellisiin periaatteisiin, vaikka käytännössä harkintavallan väärinkäytön osoittaminen voi olla toimintapolitiikan tasolla vaikeaa³²⁹.

Käytännössä sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien soveltaminen kunnan viranomaisharkinnan tasolla edellyttäisi konkreettisempia malleja sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien soveltamisesta viranomaisen harkintavaltaa käytettäessä ottaen erityisesti huomioon tavallisen lainsäädännön epätäsmällisen luonteen. Rautiainen on kuitenkin todennut, että olennaisinta ei ole perusoikeusjärjestelmän kyky yksiselitteisesti osoittaa perusoikeuden tietty aineellinen taso vaan kykeneekö se määrittelemään niitä institutionaalisia puitteita ja foorumeja, joissa neuvottelut tasosta käydään³³⁰. Oikeustieteellinen viranomaisen harkintavaltateoriaa koskeva tutkimus voi osallistua tähän keskusteluun systematisoimalla sellaisia viranomaisen harkintavallan soveltamismalleja, jotka ottavat riittävän tarkasti huomioon sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien toteuttamisvelvoitteen osana harkintavallan käyttöä.

Kyse on harkintavaltateorian näkökulmasta myös siitä, miten viranomainen tunnistaa perus- ja ihmisoikeudellisesti relevantin harkintatilanteen tehdessään päätöstä ikääntyneen kotiin annettavasta sosiaalihuollon palvelusta ja kuinka viranomainen osaa ottaa huomioon harkinnan

³²⁹ ks. tarkemmin Tuori 2016, s. 186-187.

³³⁰ Rautiainen 2013, s. 280.

kannalta olennaiset seikat. Tällaiset harkintavallan esiyymmärrystä koskevat kysymykset ovat nykyisen tapauskohtaisuutta painottavan harkintavaltateorian puitteissa aidosti hankalia kysymyksiä, joihin vastaaminen vaatii sekä sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien aineellisen sisällön ja yleisten oppien sekä hallinto-oikeudellisen ja sosiaalioikeudellisen harkintavaltateorian ymmärrystä.

Olennaista on myös sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien vaatimusten suhteuttaminen osaksi muuta oikeudellista sääntelyä ja tosiasiallista toimintaa, jotta harkintavallan konkreettisesta käyttämisestä piirtyisi tarpeeksi selkeä kuva. Tällainen systematisointityö estäisi ainakin sosiaalisten oikeuksien toteutumatta jäämisen säännösten väljyyteen tai epätasällisyyteen perustuen. Tutkielmassa selvitettiin vielä erikseen tavallisen lainsäädännön suhdetta sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien toteutumiseen.

Sosiaalihuollon yleislaki sosiaalihuoltolaki (1301/2014) määrittää voimassaolevassa oikeudessa edelleen ikääntyneen henkilön oikeuden suurimpaan osaan kotiin annettavista sosiaalihuollon palveluista kuten kotipalveluun tukipalveluineen. Vanhuspalvelulaki ei lopullisessa muodossaan tuonut muutosta siihen, että ikääntyneellä henkilöllä ei ole lähtökohtaisesti subjektiivista oikeutta kotiin annettaviin sosiaalihuollon palveluihin. Vanhuspalvelulain valmistelun yhteydessä esitettiin mielenkiintoista palvelusuunnitelman sitovuuteen perustuvaa sääntelyä, joka olisi yhdistänyt asiantuntijaharkinnan keskeisen roolin ikääntyneen oikeuksien toteutumisenäkökulmaan. Vanhuspalvelulain voimaan tullut sääntely kuitenkin pikemminkin vahvistaa eräänlaista tarve-neuvottelu-harkinta –ketjua kuin yksilön oikeuksia palveluun. Omaishoidon tuesta on annettu oma erityislaki, mutta myös omaishoidon tuki kuuluu kunnan yleisen järjestämisvelvollisuuden piiriin, jolloin se järjestetään määrärahojen puitteissa.

Sosiaalihuollon sääntelymalli korostaa tilannesidonnaisuutta, viranomaisen itseohjautuvuutta ja asiantuntijaharkinnan merkitystä. Tämä aiheuttaa luonnollisesti jännitteen suhteessa ikääntyneen henkilön huolenpidon toteutumisen ennakoitavuuteen. Sääntely jättää paljon harkintavaltaa sosiaalihuollon asiantuntijoille ja viranomaisille ottaen huomioon, että palvelun saatavuus ja riittävyys on sidottu sellaisiin käsitteisiin kuten ”tarve”, ”toimintakyky”, ”hyvä”, ”laadukas” tarkentamatta kuitenkaan konkreettisesti millaisia seikkoja palvelun tulisi kattaa. Konkreettiset palvelun riittävyyttä määrittävät tekijät ovat jääneet edelleen informaatio-ohjauksen piiriin, johon vanhuspalvelulain säännökset on sosiaali- ja terveysministeriön ohjauksessa ja lainvalmistelussa nivottu yhteen ilman, että laatusuosituksen oikeudellinen velvoittavuus ilmenisi selkeästi.

Toisin sanoen tavallisen lainsäädännön tasolla ikääntyneiden kotiin annettavien sosiaalihuollon palveluiden sääntely perustuu varsin epätäsmälliseen ja avoimeen tavoiteluonteiseen sääntelyyn, jota on kyllä sidottu sosiaaliin perus- ja ihmisoikeuksiin arvosidonnaisten käsitteiden ohella myös säännösten lainvalmisteluasiakirjoissa. Muodollisesta näkökulmasta sääntely kytkeytyy voimakkaasti sosiaaliin perus- ja ihmisoikeuksiin. Samalla on kuitenkin mahdollista tunnistaa oikeudellisia tekijöitä, jotka estävät tai heikentävät ikääntyneen henkilön sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien toteutumista, kun hänen huolenpitonsa järjestetään kotona. Saatavuuden ja riittävyyden arviointi edellyttää tarkemmin sen tarkastelua minkälaista harkintavaltaa säännökset jättävät viranomaiselle. Näin pystytään tunnistamaan keskeiset jännitteet, jotka synnyttävät oikeudelliset riskit sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien ja tavallisessa lainsäädännössä turvattujen oikeuksien toteutumiselle. Nähdäkseni tavallisen lainsäädännön sääntelyssä ei ole huomioitu riittävästi sosiaaliin perus- ja ihmisoikeuksien dynaamista ja tosiasiallista toteuttamista vaativaa luonnetta, mikä on ilmennyt esimerkiksi Euroopan sosiaalisten oikeuksien komitean Suomea koskevissa järjestökantelutapauksista ja eduskunnan oikeusasiamiehen ratkaisukäytännöstä.

Epätäsmällistä ja avointa sääntelyä on perustuslakivaliokunnan käytännössä oikeutettu muun muassa sosiaali oikeudellisen sääntelyn ja sosiaalipalvelujen luonteen perusteella. Ymmärtääkseni tämä oikeutusperuste liittyy nimenomaan asiantuntijaharkinnan rooliin sosiaali huollon palveluiden sääntelyssä. Samalla asiakkaan itsemääräämisoikeutta vahvistava sääntely on nostanut esiin kysymyksen asiakkaan harkintavallasta ja toisaalta sen rajoista asiakkaan edun periaatteeseen kuuluvan asiakkaan suojaamiselementin näkökulmasta. Viranomainen vastaa viime kädessä ikääntyneen kotiin annettavan sosiaali huollon palvelun saatavuudesta ja riittävyydestä asiakkaan edun mukaisesti. Samalla kuitenkin näyttäisi siltä, että sosiaali huollon palveluiden järjestäminen ikääntyneen kotona kietoo osittain yhteen yksityistä ja julkista hoivaa, mikä vähintäänkin monimutkaistaa tai ainakin nostaa esiin erityisiä viranomaisen vastuuseen ja harkintavaltaan liittyviä kysymyksiä.

Nähdäkseni tutkielma paljasti kaksi vastakkaista, mutta tosiasiasa myös yhteen punoutuvaa diskurssia oikeudellisten tekstien ja käytäntöjen kautta. Toisaalta yhteiskunnassa on olemassa sosiaalisten oikeuksien ja erityisesti sosiaalisten perus- ja ihmisoikeuksien edistämistä ja toteuttamista korostava ajattelumalli, jonka perusta muodostettiin Suomessa viimeistään 1995 perusoikeusuudistuksen yhteydessä ja joka näkyy selvästi perus- ja ihmisoikeusherkissä instituutioissa kuten eduskunnan oikeusasiamiehen tai euroopan sosiaalisten oikeuksien komitean

valvontakäytännössä. Samalla kuitenkin on olemassa myös kuntien ja laajemmin viranomaisen poliittis-taloudellista ohjausta ja asiantuntijavaltaa painottava diskurssi, jonka puitteissa sosiaalisten oikeuksien aineellisen sisällön, velvoittamistavan ja toteutumisen katsotaan ikään kuin viime kädessä määrittyvän muutoin kuin sosiaalisten oikeuksien esittämiseen pyrkivien kriteerien perusteella.

Edellä mainitut ajattelumallit käyvät hyvinvointivaltiolista kehitystä seuranneessa yhteiskunnassa ja oikeudessa jatkuvasti jonkinlaista kamppailua. Tässä yhteydessä korostan kuitenkin, että näkökulmat punoutuvat myös oikeudellisesti yhteen esimerkiksi harkintavaltateoreettisen ajattelun kautta, jossa yleiseen järjestämisvelvollisuuteen perustuvan kunnan velvollisuuden, sosiaalioikeudellisen tarveperiaatteen tai sosiaalisten perus- ja ihmisoikeudellisten kokonaisuuksien kautta voidaan hahmottaa malleja, jotka pyrkivät tasapainottamaan ainakin hetkellisesti erilaisia yhteiskunnallisia vaatimuksia.

Myös lainopin tehtävänä voi olla hyvinvointivaltiossa tapahtuvan huolenpidon hallinnon ja hallinnan paljastaminen ja jäsentäminen. Usein tämä tapahtuu erilaisissa oikeuden ja politiikan risteyksissä. Tutkielman perusteella mahdollinen jatkotutkimusaihe voisi olla esimerkiksi itsemääräämisoikeus ja asiakkaan harkinta hyvinvointivaltiossa, mikä ennakoisi myös mahdollisesti lähitulevaisuudessa toteutuvaa asiakkaan valinnanvapauden huomattavaa laajentamista sosiaali- ja terveydenhuollossa. Toinen kiinnostava suunta olisi poliittisen ohjauksen ja oikeudellisen sääntelyn välisyyden syvempi tutkiminen hyvinvointivaltion kontekstissa. Joka tapauksessa ajattelen, että hyvinvointivaltion tutkiminen yhteiskunnallisesti avoimen lainopin näkökulmasta voi tuottaa erityistä tietoa yhteiskunnan toiminnasta, josta on hyötyä sekä lainsoveltajille että laajemmin yhteiskunnan eri toimijoille.